

REFORMA 2010 DEL MERCADO DE TRABAJO: UNA NUEVA «MILONGA» DEL «CAPITALISMO DE CASINO»

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto:

EL Gobierno se ha decidido a introducir una reforma laboral, a través del Real Decreto Ley 10/2010, ante las presiones de los mercados financieros, los socios de la Unión Europea y el fracaso del Diálogo Social. En esta norma se modifican tres instituciones jurídico-laborales: el sistema de contratación, los despidos y las políticas activas de empleo. Aunque el Gobierno trata de reflejar cambios equilibrados, de modo que no sólo se reduzcan los costes laborales y se incrementen los poderes del empresario, en detrimento de los poderes de los trabajadores y del déficit público, la verdad es que la reforma introduce cambios orientados hacia una mayor flexibilidad en la gestión de la mano de obra.

La reforma aquí comentada es no sólo parcial, y a menudo incoherente, sino provisional, pues será sustituida en breve por una ley, que probablemente cambie un buen número de aspectos del real decreto-ley. No obstante, la importancia de algunas modificaciones legislativas exige un comentario detenido de las mismas, aportando no sólo un mapa preciso de las novedades legales, sino también soluciones a los muchos problemas prácticos que presenta. Por supuesto, sin dejar de lado el enfoque crítico, en la medida en que el autor de este trabajo sostiene que ninguna de las medidas que se han aportado servirá para cumplir ninguno de los dos objetivos buscados: crear empleo y de más calidad, de un lado, y aumentar la productividad de las empresas españolas, de otro. De ahí que entienda que estamos, en gran medida, ante una «milonga», ante la aportación de soluciones que desvían la atención de los verdaderos problemas y de las soluciones realmente eficaces.

Palabras clave: mercado de trabajo, políticas de empleo, crisis económicas, despidos económicos, agencias privadas de colocación y contratos laborales.

2010 MARKET REFORM OF WORK: A NEW «MILONGA» FROM «CASINO CAPITALISM»

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Abstract:

THE Government has decided to introduce a labor reform, through the Royal Decree Law 10/2010, under pressure from financial markets, the European Union partners and the failure of Social Dialogue. This rule changes three institutions of labor law: the system of recruitment, dismissal and active employment policies. Although the Government tries to reflect changes in balance, so that not only reduce labor costs and increase the powers of the employer, to the detriment of the powers of workers and the public deficit, the truth is that reform-oriented changes introduced greater flexibility in managing labor.

The reform discussed here is not only partially, and often inconsistent, but provisional. He will be replaced shortly by a law that will probably change a number of aspects of royal decree law. However, the importance of certain legislative changes required a review of those arrested, providing not only an accurate map of the new laws, but also solutions to many practical problems it presents. Of course, without neglecting the critical approach, to the extent that the author of this paper argues that none of the measures they have provided will meet any of the two stated objectives: to create employment and in better quality, and increase the productivity of Spanish firms. From there we understand that we are to a large «milonga», to provide solutions that distract attention from the real issues and really effective solutions.

Keywords: labor market, employment policies, economic crises, economic dismissals, private employment agencies and employment contracts.

Sumario

1. Introducción: el «culebrón» de una reforma laboral «a la desesperada» y por «fascículos».
2. El diagnóstico: cómo resolver la histéresis española del desempleo.
3. Las propuestas de terapia: el mapa de reformas y análisis técnico-jurídico.
 - 3.1. Los objetivos confesados: «lo que quiero y no puedo».
 - 3.2. El primer desequilibrio cualitativo del mercado de trabajo: las medidas de reducción de la dualidad de las relaciones laborales.
 - 3.3. La lucha por el poder de decisión de los despidos económicos: control judicial y libertad de empresa.
 - 3.4. De la flexibilidad externa a la flexibilidad interna: ¿una misión imposible en el actual modelo empresarial dominante en España?
 - 3.5. Reformas en materia de políticas activas de empleo: revisión de las bonificaciones y apertura al mercado de la intermediación.
 - 3.6. Última «maniobra de distracción» sobre el sentido de la reforma: de nuevo pobres medidas de promoción de la igualdad de sexos.
4. Valoración global de la reforma: aspectos de técnica legislativa y de política jurídico-laboral.

«... Entre tanto dos ciegos caminan por la calle, y uno le pregunta al otro si escuchó algo, éste responde que sí, que fueron tres tiros, el último calló al can, y el otro ciego dice algo como: menos mal porque no me gusta escuchar a los perros aullando.»

José SARAMAGO. Ensayo sobre la lucidez.

«... Ante esta situación, no tuvo el Gobierno más remedio que dar marcha atrás aceleradamente, ampliando los criterios que había establecido sobre lugares y espacios requisables... Al principio, muy al principio, algunas organizaciones caritativas ofrecieron voluntarios para cuidar a los ciegos... Los pobres voluntarios se quedaban ciegos de inmediato, pero al menos quedaba para la historia la belleza de su gesto (...).»

José SARAMAGO. Ensayo sobre la ceguera.

1. INTRODUCCIÓN: EL «CULEBRÓN» DE UNA REFORMA LABORAL «A LA DESESPERADA» Y POR «FASCÍCULOS»

Algunos economistas críticos y de reconocida solvencia, muy escasos pero sin duda existen, tienden a presentar lo que están haciendo los bancos, los grandes especuladores, la inmensa mayoría de los líderes mundiales antes y durante esta crisis económico-financiera que padecemos como una larga e interminable serie de «estafas sociales». La razón estaría en el predominio dentro del discurso oficial de una explicación de la crisis y, sobre todo, de sus soluciones, que lejos de conducirnos en la buena dirección nos entierran aún más en ella, ofreciendo una imagen artificiosa de lo que está pasando¹. Quizás se trate de una visión extrema, en exceso radical del asunto, y dadas sus negativas connotaciones en el plano legal, es posible que no sea ésa la mejor fórmula para llamar la atención sobre la deriva errática que han tomando algunos vías de solución o respuesta a la crisis, y muy en particular, y por lo que a nosotros concierne, a las ligadas a la reforma laboral recientemente aprobada, tras una asfijante presión tanto de los llamados «mercados financieros» como de nuestros socios de la eurozona, así como de las autoridades financieras mundiales –Fondo Monetario Internacional (FMI), y en el plano interno el látigo en que se ha convertido el Gobernador del Banco de España–. Por eso yo me desmarco de ella.

Pero consciente de que es necesario un discurso que intente arrojar algo de luz a la ceguera –por parafrasear el lúcido pensamiento de ese genial escritor que fue SARAMAGO y que me ha parecido especialmente oportuno para ilustrar con su cita este trabajo, que pretendo jurídico– en que parecen estar inmersas ciertas autoridades y ciertas políticas, en especial en el ámbito de la promoción de ese ansiado «nuevo modelo productivo», y siempre buscando, fiel a un cierto estilo, hacerlo

¹ Vid. TORRES LÓPEZ, J. «La crisis, una estafa tras otra». En el blog www.juantorreslopez.com

con la mayor de las ironías, a fin de acercar posturas y no molestar más de lo debido, me vino súbito en mente una palabra que siempre me ha fascinado: milonga. Rebuscando por fuentes que permitieran justificar el recurso a ese término para expresar, de forma muy breve, ante qué estamos cuando uno se enfrenta a algo tan pretendidamente serio como el análisis técnico y político-jurídico del *Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, primer «asalto» legislativo de un proceso regulador gestado desde hace varios años y que ya tiene comprometido un segundo «asalto», a través de la tramitación de un proyecto de ley exactamente sobre el mismo tema, encontré dos acepciones que me parecen muy oportunas aquí.

De un lado, milonga se identifica técnicamente con un «baile de salón», originario de Río de la Plata, de movimiento lento, muy folclórico y plagado de envites y guiños entre quienes lo practican, también con un género musical de letras picarescas. De otro, y más metafóricamente, suele ser usado como sinónimo de «cuento» o «mentira» utilizados con cierta ironía, o astucia, pero de especial simplicidad si se indaga un poco en el fondo. Pues bien, no sin algunas dosis de licencia literaria, quizás impropia de un texto que se pretende jurídico y riguroso, pero que yo creo oportuna, entiendo que ese expresivo término ilustra bien el sentido que tiene una reforma laboral como la que anuncia y promueve el referido real decreto-ley. Éste lleva a cabo una parcial e incoherente, también provisionalísima reforma de diversas instituciones jurídicas con la promesa de favorecer la creación de un sistema de relaciones laborales más propio para el nuevo modelo productivo que necesitamos en España, capaz de poner coto a la sangría de empleos que ha supuesto para nosotros la crisis económico-financiera, lo que se llama por los economistas la «histéresis española del desempleo»: la inercia de nuestro mercado a mantener altísimas tasas de desempleo, mayores que en otros lugares incluso con tasas de crecimiento análogas ².

Sin embargo, es evidente, incluso para el propio promotor de la iniciativa legal, que nada de lo que establece la norma está en condiciones de conseguir alguno de los objetivos básicos confesados, como son la creación de empleo de calidad y la mejora de la productividad. Ni el Presidente del Gobierno ni el Ministro de Trabajo creen ahora, tras «imponer» una reforma socialmente contestada, que vaya a generar empleo esta reforma –esto ya lo sabíamos todos antes–, si acaso contendrá su destrucción masiva, por lo que ni de lejos resolverá el problema de más de cuatro millones de parados y mucho menos nos permitiría cambiar el patrón de crecimiento económico –modelo basado en economía de escaso valor añadido e intensiva en mano de obra–. Los agentes sociales han estado «bailando» durante dos años para terminar en fracaso, sin que ninguno esté en condiciones de presentar soluciones útiles.

² En física, el término refiere a la cualidad de ciertos materiales de mantener una fuerte inercia a cambiar sus propiedades, manteniendo las situaciones precedentes. Histéresis implica retraso, inercia, o resistencia al cambio. En el estudio económico del mercado de trabajo tiene gran predicamento. En este ámbito existen dos hipótesis que relacionan el mercado laboral con los ciclos económicos: la hipótesis de tasa natural de desempleo y la hipótesis de histéresis. En la primera, la marcha positiva o negativa de la economía afectará a la tasa de desempleo haciendo que ésta disminuya o aumente, pero solo de manera temporal, puesto que en el largo plazo tenderá a volver a la tasa natural de desempleo. En la hipótesis de histéresis, sin embargo, una fluctuación en la economía puede afectar de manera permanente al desempleo, debido a las rigideces del mercado laboral. Según esta hipótesis de histéresis, la tasa de desempleo sigue un proceso no estacionario de raíz unitaria. En términos institucionales eso implica que las políticas públicas, como las vinculadas a las reformas del mercado de trabajo, influyen en el desempleo y pueden tener consecuencias permanentes. Cfr., si bien para el caso francés, AGUDO, J. «Histéresis y desempleo: el caso de Francia y EEUU». Puede leerse este trabajo, interesante si bien en ciertos puntos cuestionable, en <http://personal.telefonica.terra.es/web/bham/database/histeresis.pdf>.

Por si fuera poco, la debilidad política del Gobierno ha llevado a dotar de una vida muy provisional esta reforma, milongueada durante más de dos años, porque ya se está tramitando, como se decía, otra en el Parlamento, y los Grupos Parlamentarios anuncian cambios significativos respecto del real decreto-ley. Como todos saben que esta norma tiene una fecha de caducidad y que la reforma realmente efectiva se está negociando en el Congreso ¿para qué emplear ahora, piensan los empleadores? Esperemos a ver qué pasa. Pero entonces ¿qué sentido tiene un decreto-ley que llegaría tarde, sería de todo punto descafeinado para conseguir sus objetivos, y al que no se le atribuye utilidad para conseguir ninguno de los objetivos propuestos?

El problema empieza ya desde la misma configuración de su razón de ser. Todos dicen, aceptan y proclaman a los cuatro vientos que esta crisis nada tiene que ver con el mercado de trabajo, por cuanto se vincula a problemas estructurales de otra guisa, especialmente en el ámbito financiero y, por lo tanto, es en estos espacios donde se han de realizar las reformas necesarias. Aunque también se está evidenciando las fuertes resistencias a introducir cambios significativos en este ámbito, como son las reformas fiscales, financieras e incluso societarias –sistemas de gobierno corporativos y formas de retribución de altos directivos y consejeros de administración–. Buena parte de la crisis se situaría en el valor que la codicia y la especulación tienen en un capitalismo que reúne todos los títulos para ser llamado, como ha hecho recientemente uno de nuestros «chinescos» ex presidentes (Felipe GONZÁLEZ), «Capitalismo de Casino».

Sin embargo, la mayor parte de los poderes, económicos y políticos, insisten en que sin la reforma del mercado de trabajo no es posible avanzar en la solución de la crisis, o al menos no aprovecharíamos adecuadamente las oportunidades que aparecerán en el momento de salir de aquella. No obstante, y para añadir todavía mucho más exotismo al debate, han aparecido diversas corrientes de economistas que han introducido un enfoque épico a esta reforma. Así, conformados como grupos de presión y enfundados bajo el escudo reivindicativo de los «Manifiestos», emularían la lucha de aquellos valientes «300» griegos de «Leónidas» que lucharon, aún a sabiendas que iban «a morir», contra las fuerzas persas de «Jerjes», en la «batalla de las Termópilas». Sin indicar qué papel asumen unos y cuál el otro, sí me parece llamativo evidenciar la fuerte discusión ideológico-política, además de técnica, que se ha abierto entre el «Manifiesto de los 100» economistas, que defienden con ardor la reforma laboral, y el «Manifiesto de los 500» que, apoyado con fervor por las fuerzas sindicales, sitúan la reforma laboral en un segundo plano.

Lo más curioso es que ambos parten del mismo diagnóstico, evidenciando la insoportable dualidad del mercado de trabajo español y su incapacidad para salir de la crisis con estos mimbres. Sin embargo, sus recetas y sus terapias son radicalmente opuestas, o quizás no tanto si se analizan con más detenimiento y sosiego, el que, sin embargo, ninguno tiene respecto del otro. Entonces ¿es la reforma laboral un aspecto clave para lograr el nuevo modelo productivo, de modo que sin ella no sería posible, o es realmente un aspecto secundario, de modo que lo urgente y lo trascendente está en otro lado, en la reforma del sistema financiero? Si la legislación laboral no ha sido la causante de la crisis, sino el «crecimiento des-regulado del sector financiero» mundial y su escasa supervisión, siendo urgente inyectar liquidez en los bancos y cajas españoles con el objetivo de recuperar el flujo de crédito hacia las familias y las empresas, ¿qué espacio debe tener la reforma laboral?, ¿sirve cualquier reforma?, ¿la actual es insuficiente pero va por el camino correcto o está igualmente desenfocada y no hará sino incidir en los mismos males del pasado?

Por supuesto no pretendo aquí resolver todas estas cuestiones. Como siempre, o casi, mi pretensión es ofrecer un análisis fundamental del contenido de la norma legal a fin de que, respetando las diferentes posiciones de interés y puntos de vista, se tenga mayor y mejor conocimiento de causa para poder llegar a una conclusión propia sobre las bondades y deficiencias de la reforma, considerada en sí misma, en un plano de técnica jurídica, y también en su pretensión de alcanzar, en un plano de política del derecho, los objetivos que dice perseguir. La crítica a la reforma, por extemporánea, por defectuosa y por insuficiente no puede venir de posiciones apriorísticas –como se ha hecho hasta ahora–, sino tras el conocimiento detenido de su texto, sus reglas, sus impactos y sus perspectivas. Hagamos ahora un primer intento de aproximación a tal balance, que tiempo habrá de completar en el segundo «asalto» de la reforma, que ya nos prometen los grupos parlamentarios para finales del verano.

2. EL DIAGNÓSTICO: CÓMO RESOLVER LA HISTÉRESIS ESPAÑOLA DEL DESEMPLEO

La principal y directa causa de la pérdida de empleo durante los últimos dos años ha sido la caída de la actividad productiva, derivada, en un primer momento, del colapso de los cauces habituales de crédito y endeudamiento que sustentaron de forma decisiva el consumo y la inversión en la pasada etapa expansiva. Un fenómeno común a los países de nuestro entorno socioeconómico, y en particular a los integrantes de la eurozona.

Pero en España la incidencia de esta contracción productiva sobre el empleo ha sido superior a la sufrida en otros países. Y existe una amplia coincidencia en señalar como responsables de esta diferencia negativa tanto a nuestra estructura productiva y patrón de crecimiento, como a ciertas particularidades de nuestro mercado laboral. Unas «particularidades» que las reformas abordadas en las últimas décadas no habrían logrado eliminar, ni tan siquiera reducir de forma sustancial. Se trataría de un conjunto de «debilidades» de nuestro «modelo de relaciones laborales» que explican la elevada sensibilidad del empleo al ciclo económico, esto es, lo que los economistas han llamado la *histeresis del desempleo* en España.

Entre ellas destaca:

- Un significativo peso de los trabajadores con contrato temporal (en torno a un tercio del total de asalariados por cuenta ajena), que constituye una anomalía en el contexto europeo, y que ha derivado en una fuerte segmentación entre trabajadores fijos y temporales.
- Un escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas que ofrece la legislación actual.
- Una insuficiente capacidad de colocación de los Servicios Públicos de Empleo.
- La persistencia de elementos de discriminación en el mercado de trabajo en múltiples ámbitos, pero de forma muy señalada en el empleo de mujeres, personas con discapacidad y desempleados de más edad. Es el caso también de los jóvenes, aunque olvide mencionarlos la Exposición de Motivos (EM).

3. LAS PROPUESTAS DE TERAPIA: EL MAPA DE REFORMAS Y ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO

3.1. Los objetivos confesados: «lo que quiero y no puedo»

Con carácter general, esta reforma laboral se marca dos ambiciosos objetivos de carácter socio-económico. De un lado, «contribuir a la reducción del desempleo». De otro, «incrementar la productividad de la economía española». Ni que decir tiene que luego no encontramos ninguna medida que haga creíbles estos objetivos.

En el primer caso, ya hemos recordado cómo el propio Ministro de Trabajo ha entendido que la reforma laboral no crea empleo, si acaso evitará que se destruya: «una reforma laboral por sí sola no crea empleo, si está bien orientada lo que puede evitar es que se destruya». La reforma sería un instrumento «para la salida de la crisis, pero no para frenar los efectos de la crisis»³. En el segundo caso es evidente que esta reforma no contiene ningún aspecto relevante para el incremento de la productividad, más allá del vago compromiso de reducir la dualidad del mercado de trabajo y que tiene que ver más con la incorporación de valor añadido al tiempo de trabajo realizado por cada trabajador y eso depende de decisiones de inversión –tecnológica, formativa...– que no se ven afectadas, al menos en positivo, por esta reforma.

Por eso, hay que ir a objetivos algo más limitados. Que señala o concreta en tres. A saber: A estos efectos, se dirige a corregir la dualidad de nuestro mercado de trabajo promoviendo la estabilidad en el empleo y a incrementar la flexibilidad interna de las empresas, como aspectos más destacables. De manera más concreta, las medidas incluidas en esta norma se dirigen a lograr tres objetivos fundamentales.

Primero, corregir, mediante su reducción a dimensiones tolerables, *la dualidad de nuestro mercado laboral*, promoviendo la creación de empleo estable, clave para una política de empleo de calidad. Este objetivo sería un requerimiento para impulsar un modelo de crecimiento económico más equilibrado y sostenible, de ahí que pudiera ser un eje de acción favorable a ese referido incremento de la productividad.

Segundo, reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales. En este caso el objetivo es más que crear *mantener el empleo ya existente*, de modo que los ajustes no se hagan por la vía de la destrucción de empleo sino por la reordenación de las condiciones de trabajo. En particular, se pone énfasis en las medidas de «reducción temporal de jornada» laboral, como mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica. De este modo, se reduciría el recurso tanto a las extinciones de contratos laborales cuanto a la contratación temporal a la hora de promover decisiones, que se tienen por inexorables en una economía competitiva, de adaptabilidad de las empresas.

Tercero, elevar las oportunidades de las personas desempleadas con particular atención a los jóvenes. En este caso se buscaría reducir un *desequilibrio subjetivo de nuestro mercado de trabajo*,

³ Entrevista al Ministro de Trabajo en Antena 3 TV, recogida por Servimedia, el 17 de junio 2010.

en la medida en que el riesgo de desempleo no se reparte por igual entre todos los colectivos, sino que afecta significativamente más a unos que a otros. A tal fin, se promueve:

- Una reordenación de la política de bonificaciones a la contratación indefinida para hacerla más eficiente, haciendo más atractivos para empresas y trabajadores, por otro lado, los contratos formativos.
- La mejora de los dispositivos fijados para la intermediación laboral.

Como puede verse, se trata en todos los casos de ejes de acción y medidas muy conocidas y en ninguno la creación de empleo es el objetivo prioritario, si acaso, como se ha dicho, corregir desequilibrios cualitativos ligados a la segmentación o dualidad de nuestro mercado –temporalidad, desiguales oportunidades de empleo–.

3.2. El primer desequilibrio cualitativo del mercado de trabajo: las medidas de reducción de la dualidad de las relaciones laborales

Las reformas legislativas aparentemente dirigidas a reducir la referida dualidad de nuestro mercado laboral son objeto de tratamiento en el Capítulo I. Para el Gobierno –no creo que haya mucha más gente que opine lo mismo– se trataría de «un conjunto coherente y equilibrado de medidas que persiguen, por un lado, restringir el uso injustificado de la contratación temporal y, por otro, favorecer una utilización más extensa de la contratación indefinida». Veamos con algún detalle las claves de ambas regulaciones.

3.2.1. Las medidas de prevención del abuso de la contratación temporal

Entre las medidas orientadas a restringir **el uso empresarial injustificado de las modalidades temporales de contratación** cabe destacar las siguientes:

1. Limitar temporalmente los contratos para obra o servicio determinado [art. 151 a) ET], fijando un plazo o periodo máximo de duración a partir del cual ha de considerarse la contratación como indefinida

Desde el inicio de la reforma quedaba claro que una de las dos modalidades de contratación temporal más usadas –y abusadas– en nuestro sistema, el contrato de obra o servicio determinado, tenía que verse afectado de algún modo a fin de llevar a cabo ese ansiado reajuste de nuestro mercado, reduciendo la temporalidad. Por eso, entre las medidas para intentar «reducir la dualidad del mercado de trabajo» mediante el recorte de la temporalidad se ha previsto mutar la naturaleza del «plazo resolutorio» a que queda sujeto el contrato de obra o servicio determinado. Si antes de la reforma quedaba sujeto a un límite temporal cierto –la ejecución de la obra o servicio–, pero de duración incierta, conforme había entendido la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) –SSTS, 4.ª, 17 de junio de 2008 dictada por el Pleno de la Sala y 3 de febrero de 2010– ahora se fija un plazo máximo concreto, aunque ampliable por convenio sectorial.

En efecto, los contratos por obra o servicio determinado tendrán una *duración máxima de tres años*. No obstante, *este límite es ampliable uno más* si así lo decide el convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, provincial. Por tanto, se mantiene la preferencia actual por los convenios sectoriales, en detrimento de los de empresa.

En consecuencia, se refuerza el papel del convenio colectivo de sector, no el de empresa como pedía la corriente económica del «manifiesto de los 100», al depender de él la ampliación, en muchos casos absolutamente decisiva por el tipo de actividad de que se trata, de la duración del contrato y que, por lo tanto, se convierte en una importante «moneda de cambio» sindical en relación a la posición empresarial. En todo caso, no deja de ser paradójico que sí se admita que un convenio de empresa pueda identificar los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de obra y no se le permita acotar o determinar la duración máxima de esa actividad dentro del margen total previsto por la nueva regulación. Es evidente que, en sentido contrario, sí podrá fijar un plazo máximo de duración dentro del periodo de tres años previsto ahora por el precepto estatutario, pero no tendrá capacidad para ampliarlo.

Transcurridos los plazos máximos –que entiendo podrían ser menores si así lo fijase, cierto que con toda improbabilidad el convenio colectivo, cualquiera que sea, como se ha dicho, su ámbito–, los trabajadores adquirirán la condición de fijos de la empresa. Aunque el efecto de esta cláusula de conversión de un contrato temporal en un contrato indefinido es automático, por mandato legal, para facilitar su acreditación se exige que el empresario expida un documento justificativo de la nueva condición de fijeza del trabajador en la empresa –art. 15.9 ET–. Ante el claro tenor literal de precepto, y pese a sus inconvenientes en la práctica, e incluso su desajuste respecto a ciertas actividades concretas que duran más de cuatro años, no cabe entender que el empresario pueda excluir la fijeza probando el carácter temporal de la actividad.

2. Reajustar la regla de control de la contratación temporal fijada para evitar el encadenamiento sucesivo de contratos temporales –art. 15.5 ET–. En este punto la continuidad es evidente, buscando ahora mejorar su efectividad.

La reforma introduce tres importantes novedades en la regla legal de prevención de encadenamientos abusivos de contratos temporales introducida en 2006. A saber:

- Si en la regulación anterior el cómputo del plazo de contratación superior a 24 meses dentro de un periodo de 30 lo era sólo en relación al «mismo» puesto de trabajo, ahora se amplía también si se trata de «diferente» puesto de trabajo. Por lo tanto, lo que delimitaría la fijeza es la continuidad de los vínculos con la empresa, al margen del concreto puesto desempeñado.
- Si en la regulación precedente la continuidad del vínculo se establecía sólo en relación a una concreta empresa, tras la reforma se entiende igualmente en el marco del «grupo de empresas». En consecuencia, la fijeza se amplía, haciendo del grupo de empresa una suerte de «mercado interno de trabajo», de modo que el periodo a computar será conjunto en las diversas empresas del grupo en que haya existido contratación de un mismo trabajador. Si bien esta solución no es novedosa atendiendo a la jurisprudencia existente en esta materia, que consi-

deraba en términos unitarios el grupo para prevenir eventuales fraudes o abusos en la contratación temporal, sí plantea un gran problema la determinación de qué ha de entenderse por grupo empresarial a estos efectos. La razón de la dificultad estriba en el carácter restrictivo del que sigue adoleciendo la doctrina social sobre el grupo de empresas, que lo acota con supuestos vinculados a la técnica del levantamiento del velo, esto es, en los que no hay una realidad empresarial plural realmente sino una unidad de dirección sociolaboral –confusión patrimonial, uso indistinto del trabajador, decisiones predeterminadas por la matriz...–.

- Se extiende esta regla de fijeza igualmente a los supuestos de *sucesión o de subrogación empresarial*, tanto según lo previsto en el artículo 44 del ET como cuando esta situación de produzca a través de cláusulas del género incluidas en los convenios colectivos. En consecuencia, la transmisión de la empresa –o parte de ella– no excluye o no interrumpe el cómputo del plazo, por lo que el nuevo empresario –el cesionario– podrá encontrarse con esta declaración de fijeza cuando se cumpla el periodo de 24 meses en el arco de tiempo previsto de 30 meses.

Esta regla es aplicable, conforme a la disposición adicional decimoquinta del ET, que ha sido reformada para incluir estas nuevas previsiones, a las Administraciones Públicas donde, paradójicamente, su cumplimiento se está revelando más complejo, especialmente en ciertos ámbitos, como por ejemplo en las Universidades, habituadas a prácticas de contratación centradas en el uso masivo de esta modalidad de contratación y que sin duda generará graves problemas para la gestión de buena parte de su actividad de investigación. No obstante, se sigue incidiendo en diferenciar entre la condición de «fijeza» del vínculo, que sólo vendrá por la provisión de la plaza o del puesto conforme a los procedimientos ordinarios previstos en la normativa –principio de legalidad administrativa– y el carácter «indefinido» del contrato –principio de legalidad laboral–.

En consecuencia, sólo esto último que es lo único que garantiza la regla laboral. Por lo tanto, sobre el trabajador público siempre penderá una «interinidad indefinida» –según la última calificación del engendro por parte del TS–, al albur de la decisión político-administrativa para llevar a cabo el cumplimiento de la legalidad administrativa.

3. Incrementar la indemnización por finalización de contrato temporal estructural desde los 8 días vigentes actualmente a los 12 previstos para la contratación temporal coyuntural o de fomento de empleo.

No obstante, esta medida de «penalización de la contratación temporal» no se llevará a cabo de inmediato. Al contrario, se aplicará de modo gradual y progresivo, a fin de evitar la incidencia negativa en los sectores más estacionales, que en esta época son los que más empleo generan, como acredita la situación actual, en la que más del 92 por 100 del empleo generado en el mes de junio es temporal. La modificación del artículo 49.1 c) in fine del ET debe atenderse en función de lo previsto en la nueva disposición transitoria, la Decimotercera, incluida en el ET, conforme a la cual se introduce una aplicación bajo la «técnica del goteo diario anual», de modo que cada año que transcurra desde el 1 de enero de 2012 hasta el 1 de enero de 2015 el trabajador tendrá derecho a un día más de indemnización ⁴.

⁴ Queda así: 9 días para los contratos celebrados a partir de 1 de enero de 2012, 10 días para los celebrados a partir de 1 de enero de 2013, 11 días a partir de 1 de enero de 2014 y 12 días a partir del 1 de enero de 2015.

Difícil –o no– encontrar otra prueba de mayor indecisión gubernamental, porque si se cree en que ésta es una buena vía para lograr el objetivo de reducir la dualidad del mercado, lo que es altamente improbable, no se puede entender que tengan que pasar cuatro años para que entre en vigor realmente la reforma. Si, en cambio, se entiende que va a perjudicar la creación de empleo, parece claro que los problemas seguirán cuando venza el periodo transitorio. En suma, a mi juicio, o se considera que estamos ante un «buen camino» –aunque sea lento– y se aplica de modo efectivo el carácter disuasorio eventualmente atribuible al incremento de un 50 por 100 de la indemnización, o sencillamente se busca otra vía que pueda tener un efecto más inmediato, pues de lo contrario carece de sentido acudir a una norma de emergencia, cuya efectividad va a ser nula hasta dentro de tres o cuatro años.

3.2.2. *La batalla encubierta por el abaratamiento del despido: la cobertura a través de la generalización del contrato de fomento del empleo indefinido*

Entre las medidas que persiguen **una utilización más extensa de la contratación indefinida** lo primero que destaca el Gobierno es una referencia a lo que no cambia, a fin de reducir la carga crítica contra la reforma por parte de la sociedad.

En efecto, se pone énfasis, lo que ya resulta sospechoso en sí mismo por tratarse de una reforma que dice querer reducir la dualidad, en que «queda incólume la regulación sustantiva del contrato indefinido de carácter ordinario». A fin de garantizar una suerte de principio de intangibilidad de los derechos sociolaborales «adquiridos» por los trabajadores de hoy, se recuerda que todas las reformas «se centran en la regulación del contrato de fomento de la contratación indefinida» y, en consecuencia, afectará a los que sean contratados a través del mismo a partir de la entrada en vigor de la reforma.

El punto de partida del Gobierno es el fracaso de este contrato hasta este momento, pues no habría «venido cumpliendo en los últimos años la finalidad que reza en su enunciado, a saber, promover el acceso a contratos de carácter indefinido de los colectivos que más dificultades encuentran en la actualidad para obtenerlos». Lo que ya no hace la norma gubernamental, convalidada parlamentariamente pero tan sólo de un modo provisional, es explicar el porqué de ese fracaso, lo que sin duda ayudaría a fijar las medidas orientadas a corregirlo. Se entiende que las causas del escaso éxito de esta medida, en otro tiempo valorada positivamente, de ahí que se convirtiera de coyuntural en estructural, pueden reconstruirse a través de los aspectos que son modificados por el real decreto-ley.

Con esta finalidad se procede, mediante la reforma de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, a:

1. Ampliar los colectivos con los que se puede suscribir esta modalidad de contrato, de modo que desaparezca, o se mitigue, el carácter selectivo que tenía en la ley antes de la reforma⁵.

A tal fin, y respecto a los trabajadores desempleados demandantes de empleo:

⁵ Aprovecha el Gobierno la reforma para actualizar el término a utilizar para denominar a las personas con discapacidad, incluyendo este término en detrimento del más tradicional de «minusválidos», cuya derogación ya se estableció por la Ley 39/2006, relativa a la atención a la dependencia

- Se redefine el concepto de «parado de larga duración». Ahora se reduce de seis a *tres meses* la exigencia del período de permanencia en el desempleo para tener la condición de colectivo beneficiario de esta modalidad de contrato de fomento de empleo estable.
- Se posibilita el acceso al mismo de los trabajadores que denomina, con cierto regusto lírico, «atrapados en la temporalidad», es decir, aquéllos que en los dos últimos años sólo han suscrito contratos de duración determinada, pero también a quienes se les haya extinguido un contrato de carácter indefinido en una empresa diferente.

Asimismo, se posibilita la contratación por esta modalidad de empleo indefinido a trabajadores empleados temporalmente en la misma empresa en los que concurren ciertos requisitos temporales. A saber:

- Contratados antes del 18 de junio de 2010 a quienes se les transforme dicho contrato en uno de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2010.
- Contratados con posterioridad al 18 de junio cuyos contratos se transformen en un contrato indefinido antes del 31 de diciembre de 2011. En este caso se fija un límite, pues se exige que los contratos realizados no hayan excedido la duración de 6 meses, salvo que se trate de contratos formativos, en cuyo caso no hay límite.

En todo caso, conviene advertir que no todos estos supuestos de transformación se beneficiarán del sistema de bonificaciones, como veremos en su momento. Tan sólo los que procedan de contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de celebración de aquéllos y siempre que se contrate por la modalidad de fomento de empleo estable antes del 31 de diciembre de 2011.

Otra cuestión problemática para este colectivo beneficiario del contrato de fomento del empleo indefinido es determinar cómo saber que tales trabajadores han tenido contratos temporales, de modo que para no dejarlo todo a la declaración del propio trabajador cada empresario tendrá que decidir qué criterio utilizar para tener constancia objetiva de tal situación. Naturalmente, podrán exigirse certificados de «vida laboral» a fin de ver la trayectoria contractual del trabajador, pero en muchos casos no será fácil tal situación. Falta, pues, un sistema de información para la empresa por parte de la TGSS o de los Servicios Públicos de Empleo que les pueda exigir de responsabilidad, como sucede en relación al artículo 42 del ET por ejemplo, o como se hace para el contrato en prácticas y formación a los efectos de conocer si un trabajador ha prestado ya servicios con la misma titulación a otras empresas en un plazo superior a los dos años –art. 23 RD 488/1988–. Su importancia deriva de que estos requisitos pueden determinar, de estar ausentes, la validez de la modalidad contractual celebrada.

En suma, la intención de esta generalización del contrato de fomento del empleo es la de fomentar la contratación indefinida rebajando los costes de despido que ésta conlleva. Ahora bien, esta generalización en nada afectará a aquellos trabajadores con contrato indefinido firmado con anterioridad a la entrada en vigor de esta reforma, toda vez que éstos seguirán manteniendo el derecho a los 45 días por año trabajado en caso de despido improcedente. Con ello se quiere desactivar, inútilmente, la crí-

tica por parte de los sindicatos. El resultado es la continuidad o perpetuación de la dualidad, que será mayor por ser más amplio el número de trabajadores que podrán acogerse a esta vía.

2. Reducir las cantidades a abonar por las empresas en caso de extinción de los mismos, a través de la socialización de parte del coste empresarial ligado a la gestión económica de la empresa en situaciones negativas.

La reforma de la disposición adicional primera, punto 4, supone el mantenimiento de la indemnización reducida de 33 días de salario por año de servicio a favor del trabajador –y el límite de 24 mensualidades– en caso de despido objetivo improcedente. Una primera novedad importante es que ahora no es necesario que se haya declarado judicialmente la improcedencia, como se exigía antes, sino que admite la norma que el empresario reconozca como improcedente la extinción. De este modo, se generaliza que en los contratos de fomento del empleo indefinido se lleven a cabo despidos objetivos –cualquiera que sea la causa concreta del mismo–, para que luego se reconozca su improcedencia, abonando sólo los 33 días y quedando exonerado de los salarios de tramitación, conforme al artículo 56.2 del ET.

La segunda novedad, sin duda más relevante, es que esta indemnización no será ya asumida íntegramente por la empresa, sino que una parte de la misma –ocho días–, se traslada al FOGASA –disp. trans. tercera–, al menos en tanto no entre en vigor el nuevo modelo de capitalización individual de las indemnizaciones por cese que se anuncia para enero de 2012. Esta cobertura social de la indemnización está prevista para los despidos objetivos y colectivos que afecten a contratos indefinidos, sean ordinarios sean de fomento de empleo, celebrados tras la entrada en vigor de la reforma. Esta medida, a diferencia de lo que solicitaba el «Manifiesto de los 100» economistas, se aplicará sólo a los despidos no imputables al trabajador –arts. 51 y 52 ET, y 64 Ley Concursal–.

El abono de ocho días de la indemnización por el FOGASA beneficia a todas las empresas. Por tanto, al margen de su tamaño y solvencia económica real. Puede llamar la atención esta asunción pública de parte del coste del despido. Sin embargo, se ha considerado adecuado extender esta nueva «subvención pública» a las empresas por despedir a todos los tipos de contratos que sufran una ruptura por causas análogas –no imputables a la persona del trabajador–, poniéndose dos límites básicos. Uno causal, se descartan los despidos disciplinarios. Y el otro temporal, por cuanto sólo quedan cubiertos los contratos respecto de los que se acredite una duración mínima la relación laboral de un año, de modo que los contratos de trabajo indefinidos de inferior duración no darán lugar a la cobertura específica del FOGASA, lo que en principio parece razonable para no fomentar en exceso rupturas anticipadas.

Un problema práctico significativo que suscita esta nueva regulación y que tendrá que resolver el desarrollo reglamentario, o la interpretación judicial, es cómo se articula de forma concreta este deber de abonar de modo directo la cantidad de 8 días por el FOGASA. Dado que se trata de un abono directo estamos ante una *responsabilidad de tipo igualmente directo*, al estilo de la previsión ya existente en torno a la asunción del 40 por 100 de la indemnización por despido económico en empresas de menos de 25 trabajadores –cuya regulación por el art. 33.8 ET no se modifica–, no subsidiaria. En consecuencia, podría entenderse que le corresponde el pago al FOGASA y no al empresario, por lo que la sentencia tendrá que descontar de los 33 días previstos los 8 días asumidos directamente por el FOGASA.

Tabla resumen comparada del abono de indemnizaciones.

Indemnizaciones antes de la reforma	Después de la reforma
Despido disciplinario improcedente: 45 días por año con un límite de 42 mensualidades. Abona la empresa	Despido disciplinario improcedente 45 días por año con un límite de 42. Sigue abonándola íntegra la empresa
Despido colectivo y objetivo procedente: 20 días por año con máximo 12 meses Abona la empresa, salvo que sea menor de 25 trabajadores, en cuyo caso asume el FOGASA el 40 por 100	Despido colectivo y objetivo procedente: 20 días por año con máximo 12 meses <ul style="list-style-type: none"> • Abona la empresa 12 días, los otros 8 el FOGASA, al margen del número de trabajadores y tamaño de la empresa • El 40 por 100 de la indemnización el FOGASA para pymes sigue el artículo 33.8 del ET
Despido objetivo improcedente trabajador con contrato ordinario indefinido: 45 días por año y límite 42 meses Abona la empresa	Despido objetivo improcedente trabajador con contrato ordinario estable Abona la empresa 37 días. El FOGASA 8
Despido objetivo improcedente trabajador con contrato fomento empleo estable: 33 días por año y límite 24 meses Abona la empresa	Despido objetivo improcedente trabajador con contrato fomento empleo estable: Abona la empresa 25 días. El FOGASA 8

En cualquier caso, esta medida es también transitoria o coyuntural, pues se prevé que opere sólo hasta la entrada en vigor de la nueva previsión hecha a más largo plazo, el «Fondo de Capitalización Individual». Y, en todo caso, no representará realmente mayor coste público, ya que se instrumenta a través de la responsabilidad de un Fondo integrado por cotizaciones empresariales. Se trata del tan traído y llevado «modelo austriaco» de gestión de la indemnización por despido.

Este modelo supone, a mi juicio, un diverso modo de comprender la indemnización por despido. De un lado, hace referencia a una *forma específica de financiación* de esta indemnización por despido, para lo cual propone la creación de «Fondos de Empleo» a cargo de los empresarios y a gestionar en los mercados financieros, de cuya rentabilidad dependerá en parte la eficacia de la medida. De otro, convierte la indemnización en una suerte de «prestación de previsión social» con cierta aspiración de universalidad laboral, en cuanto beneficia a todos los trabajadores, al margen de que sean o no despedidos, y cualquiera que sea el origen de la iniciativa de cese ⁶.

Conviene tener en cuenta las características del modelo a imitar antes de confiar en su éxito. En primer lugar, Austria, con algo más de 8 millones de habitantes, es uno de los países de la Unión Europea (UE) con menor tasa de paro (5% en febrero de 2010), de modo que sólo Noruega (3,1%) y Holanda (4%) estarían por debajo. A pesar de la crisis, su índice de desempleo ha aumentado sólo un 0,6 por 100. Una vez más, la diferencia con la realidad del mercado laboral español es evidente y creo que elocuente.

⁶ Vid. GÓMEZ, V. «¿Es posible trasladar al España el modelo de despido austriaco?». *Relaciones Laborales*, n.º 12/2010, págs. 136-137. Para esta autorizada opinión la principal virtualidad del modelo austriaco residiría en la «financiación a través de un seguro universal y contributivo, a cargo de la cotización de las empresas, de la indemnización del despido introduciendo, adicionalmente, otros elementos que lo acercan a... un esquema complementario de pensiones de contribución definida».

Sin embargo, no todo es un vergel, también tienen problemas. El mercado laboral austriaco no escapa del problema del desempleo, bajo sí, pero creciente en los últimos años, ni del mal de la rotación en el empleo, muy elevado también en este espacio. Se dice que sus fluctuaciones estacionales, por cuanto tiene una alta aportación de sectores como la construcción y el turismo, explicarían 1/3 del paro.

En el plano institucional, Austria se sitúa por encima de la media de países de la OCDE en orden al nivel de protección del empleo. Se trata de un sistema costoso que convivía con un modelo de protección de la jubilación también generoso, viéndose claramente amenazado por la negativa evolución demográfica.

En este contexto, el Gobierno austriaco puso en marcha varias reformas, con un programa, concertado entre las grandes fuerzas políticas de diferente signo, a fin de intentar mejorar la cobertura en los diferentes pilares del sistema pero garantizando al mismo tiempo su viabilidad financiera. Entre las reformas planteadas, ocupó un lugar destacado el sistema de indemnizaciones por despido. El nuevo sistema (Abfertigung Neu), aprobado en junio de 2002 a través de una ley previamente acordada con los interlocutores sociales, entró en vigor en enero de 2003 y pretendió resolver los más básicos problemas del antiguo sistema, concretados en la reducida cobertura subjetiva de éste, lo costoso del modelo y la falta de liquidez de las pymes ⁷.

En sustancia, el sistema consiste en crear un fondo individual –hucha– para cada trabajador, de modo que los derechos de indemnización generados progresivamente son depositados en, y reforzados por, los llamados «Fondos de Previsión de los Trabajadores» (MVK), que no tienen naturaleza de Fondos internos sino que son externos a los empleadores, esto es, son autónomos respecto de ellos. El empleador tiene obligación de pagar el 1,53 por 100 del salario bruto mensual. Los derechos acumulados permanecen en una cuenta del trabajador hasta que llegue su jubilación, salvo que se produzca una extinción a iniciativa del empleador. Para tener derecho a este fondo es necesario un periodo de carencia, esto es, existe un límite temporal de acceso al derecho, que se fija en tres años mínimo de cotización. Una vez lucrado el derecho, el trabajador podrá elegir entre percibirlo, o bien mantener la inversión en el mismo MVK o en el del nuevo empleador, o transferir el correspondiente importe como pago a tanto alzado a un fondo de pensiones. Según la forma de percepción –en cantidad a tanto alzada o renta periódica– tributan o no.

No es éste el momento para profundizar en este sistema, aunque resulta un tema de gran interés. Ahora bastará con hacer referencia a algunas conclusiones sobre sus resultados que normalmente son ignorados cuando se habla, con tanta fascinación como ignorancia, de sus bondades. En efecto, el resultado del modelo, que está aún por evaluar dado que no ha completado su evolución por ser relativamente reciente, es extremadamente ambivalente, pues la ampliación del ámbito subjetivo de cobertura, con la consiguiente reducción de la dualidad protectora anterior, ha ido acompañada de una reducción de la protección económica: se percibe menos cantidad –un 35% menos de prestación– y se precisa mucho más tiempo para alcanzar la protección máxima –de los 25 años anteriores a los 37 ahora–. Pero de esto no se habla.

⁷ Vid. HOFER, H. «La reforma de la Ley sobre indemnización por despido en Austria». *Relaciones Laborales*, n.º 9/2010, págs. 115 y ss.

Pero habrá que hacerlo, y mucho, cuando se lleve a cabo la regulación propuesta por el real decreto-ley. Cuyas claves son:

- Debe regularse en el plazo de un año, mediante proyecto de ley. Si bien será operativo a partir de 1 de enero de 2012.
- Se mantendrá a lo largo de toda la vida laboral del trabajador.
- Consistirá en una cantidad equivalente a un número de días de salario por año. En la regulación austriaca se trata de cuatro días de salario por cada año de antigüedad, lo que podría significar un coste anual equivalente a 1 punto de cotización sobre la masa salarial para el caso español.
- Este «fondo individual» de capitalización, una suerte de «derecho social de giro o de tráfico», podrá hacerse efectivo para los casos de despido, así como para completar su formación, en supuestos de movilidad o, en último término, en el momento de su jubilación, si mantiene cantidades en el fondo.

A mi juicio, el Fondo de Capitalización no es más que el reconocimiento de una «hucha» para que el trabajador asuma el riesgo de ser «carne de cañón» de despido. En todo caso, sobre todos estos cambios late la idea de que la legislación sobre seguridad en el empleo tiene un impacto perjudicial sobre el funcionamiento de los mercados de trabajo, que debe ser dinámico y flexible para adaptarse a las incertidumbres y cambios de condiciones de mercado. Ante esta situación, no deja de sorprendernos, una vez más, y como también veremos en relación al «modelo alemán», la ligereza con la que se realizan ciertos análisis y la fuerza con la que se difunden determinadas convicciones, sin que haya detrás argumentos sólidos que permitan sostener ciertos planteamientos favorables a «exportar» modelos sin más. En este sentido, los propios estudiosos «autóctonos», esto es, austriacos, nos alertan de que no hay evidencias significativas sobre sus efectos, de modo que la «mayoría de los estudios sobre el impacto del sistema de indemnización por despido austriaco están basados en argumentos teóricos... o evidencias anecdóticas»⁸.

Desde esta perspectiva, se propone el «evitar la financiación total del despido a cargo del sistema de seguro. Por ello, una opción mediante la cual el seguro se hiciera cargo de un coste equivalente a 8 días de salario por año de antigüedad acumulada podría ser financiada con una cotización de entre 0,3 a 0,5 puntos de cotización sobre la masa salarial»⁹.

En suma, para este viaje no necesitaríamos alforjas, en la medida en que al final todo quedaría en la asunción de la parte del coste que ya es asumida, tras la reforma, por el FOGASA, por lo que introducir nuevos dispositivos, de gestión nada fácil y de resultados equívocos, sería emprender un viaje demasiado incierto con promesas de metas demasiado pírricas. Eso sí, generando importantes desequilibrios o cuando menos contradicciones, al introducir instrumentos de seguro basados en el

⁸ Vid. HOFER, Helmut. «La reforma...». *Op. cit.* pág. 119.

⁹ Cfr. GÓMEZ, V. «¿Es posible...». *Op. cit.* pág. 140. Por eso, propone, como el propio real decreto-ley establece, que el modelo no genere incrementos de los costes sociales. En este ámbito «las cotizaciones al desempleo correspondientes a los contratos indefinidos aparecen como la mejor opción de compensación de costes, a la espera de que la mejora del ciclo deje margen para una hipotética –y en mi opinión necesaria– elevación de las cotizaciones por desempleo de los contratos temporales».

modelo de capitalización que refuerza la re-mercantilización del sistema en detrimento de los modelos de solidaridad y gestión pública, como es el caso del FOGASA. Es difícil no tener la sensación ante estas propuestas de que para «apagar un fuego» se utiliza «más madera», como en la película de los hermanos Marx, pues para responder a situaciones derivadas de crisis financieras se responden alimentando aún más las ansias especulativas y el negocio de esos mercados, pasando de fondos públicos –FOGASA– a fondos privados, de capitalización privada.

3. Nueva regulación de la política de bonificación de cuotas por contratación indefinida hasta el 31 de diciembre de 2011 (art. 10 RD-Ley 10/2010).

El Gobierno comprometió, en la Ley 27/2009, dirigida a introducir medidas que frenaran la destrucción de empleo, a través del fomento de decisiones empresariales asentadas en el mantenimiento del mismo, una revisión en profundidad del modelo de incentivos económicos a la contratación, a resultados de una evaluación seria de dispositivos cuestionados en su eficacia y también en su eficiencia, pero incluso en su justicia distributiva, desde hace tiempo por cada vez más sectores de opinión. Pero la reforma ha hecho caso omiso de este tema, dejándolo una vez más aparcado hasta que se produzca, como de nuevo compromete, esa evaluación ya urgente del modelo.

Por lo tanto, ni las dudas en el plano económico ni las evidenciadas en el plano legal, por la siempre conflictiva relación con la regulación de las «ayudas de Estado» en el ámbito del Derecho Comunitario de la Competencia ¹⁰, han sido suficientes para abocar el sistema hacia otros derroteros.

Desde esta perspectiva tradicionalista, el artículo 10 del real decreto-ley modifica la regulación de las bonificaciones previstas para esta contratación, con la consiguiente derogación de lo previsto a tal fin en la Ley 43/2006 que es la que venía regulando unitariamente esta materia ¹¹. Se bonifican en diferentes cuantías estas contrataciones hasta 31 de diciembre de 2011, en los siguientes supuestos, que no son todos los posibles:

- Personas entre 16 y 30 años, ambos inclusive, con «especiales problemas de empleabilidad» ¹²: 800 euros durante tres años –o equivalente diario-. Si se trata de mujeres se elevará a 1.000 euros –o equivalente diario-.
- Mayores de 45 años inscritos durante más de 12 meses como desempleados: 1.200 –1.400 si se trata de mujeres– euros durante tres años.
- Contratados a través de contratos formativos, de relevo y de sustitución: 500 euros durante tres años –o equivalente diario-. Si se trata de mujeres se elevará a 700 euros.

¹⁰ Un replanteamiento reciente de esta cuestión en GRAU PINEDA, C. «¿Son las bonificaciones de cuotas empresariales de la Seguridad Social española medidas selectivas de fomento del empleo compatibles con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado». *Relaciones Laborales*, n.º 10/2010. págs. 31 y ss.

¹¹ La disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 10/2010 deroga expresamente los apartados 1 y 6 del artículo 2, el artículo 3 y el párrafo tercero del artículo 7.1

¹² Se considera que tienen especiales problemas de empleabilidad los «jóvenes que lleven inscritos como desempleados al menos doce meses y que no hayan completado la escolaridad obligatoria o carezcan de titulación profesional».

En todo caso, se exige que las nuevas contrataciones –o transformaciones–, salvo las referidas al contrato de relevo, supongan un incremento del nivel de empleo fijo de la empresa. Naturalmente, las empresas se comprometen a mantener este nivel de empleo fijo durante todo el periodo de duración de la bonificación, salvo que se trate de despidos disciplinarios declarados como procedentes, u otras situaciones que no sean imputables a la empresa –dimisión del trabajador, jubilación, incapacidad permanente–, conforme a lo previsto en el artículo 10.5 del Real Decreto-Ley 10/2010. El régimen jurídico de estas medidas se integrará, en lo previsto en esta norma, con lo establecido en la Sección 1.ª del Capítulo I y en la disposición adicional tercera de la Ley 43/2006, salvo lo dispuesto en materia de exclusiones en su artículo 2.

Asimismo, se prevé que los trabajadores contratados al amparo de este precepto sean objetivo prioritario en los Planes de Formación de personas ocupadas dentro de los programas de formación profesional para el empleo, así como de cualquier otra medida de política activa de empleo. En consecuencia, el objetivo de incrementar su «empleabilidad» a través de la cualificación profesional se mantiene aun después de la contratación y evidenciando su instrumentación como técnica de gestión preventiva del riesgo, cada vez más elevado para todos los trabajadores, de desempleo.

4. Exclusiones y amnistías. Casos en los que la empresa no podrá concertar el contrato –apartado 5–.

Por lo que hace a las exclusiones para beneficiarse, por parte de la empresa, de estas contrataciones, y por tanto de su menor coste –en términos de bonificaciones a las cuotas sociales y reducción de la indemnización por despido–, la reforma mantiene los dos supuestos básicos que se preveían en la redacción anterior de la disposición final primera de la Ley 12/2001. No obstante, introduce algunos retoques en su delimitación, con vista a impedir que se cuelen situaciones indebidas. En este sentido, se excluiría de la contratación los casos en los que en los 6 meses anteriores a la celebración del contrato se hubiesen producido rupturas de contratos:

- Bien por despido improcedente. Ya sea reconocido –se entiende que por el empresario, lo que es una novedad de la reforma– o declarado –se entiende que judicialmente– como tal. El texto anterior a la reforma sólo contemplaba los «despidos objetivos», ampliándose ahora a toda extinción improcedente.
- Bien por despido colectivo. Aquí no hay novedad.

Sin embargo, y aquí reside a mi juicio los principales aspectos de novedad, la reforma laboral deja inaplicada esta limitación, por tanto deja abierta la posibilidad de acogerse a esta modalidad de contratación, en dos situaciones, relativas a cada uno de los supuestos anteriormente referidos. Así, se podrá acoger la empresa a estos contratos cuando:

- Tratándose de las extinciones de contratos referidas, éstas sean anteriores a la vigencia del real decreto-ley –18 de junio de 2010–. Estamos ante una suerte de «amnistía» a la empresa a estos efectos de obtener beneficios en forma de bonificaciones y reducción de indemnizaciones.
- Que, tratándose de despido colectivo, los contratos indefinidos aparezcan como una solución pactada con los representantes de los trabajadores en el marco del periodo de consultas pre-

visto en Expedientes de Regulación de Empleo (ERE). Por lo tanto, se trata de una nueva medida de incentivo tanto de la gestión colectiva de la crisis de la empresa como de búsqueda de soluciones no traumáticas, orientadas a favorecer la recolocación, incluso indefinida, de ciertos trabajadores, frente a las soluciones de expulsión de mano de obra, incluso por la tan traída y llevada vía de las prejubilaciones.

3.3. La lucha por el poder de decisión de los despidos económicos: control judicial y libertad de empresa

Pero el eje de la reducción de la dualidad del mercado de trabajo no sólo afecta a la contratación de fomento de empleo indefinido, sino también a **la extinción por causas económicas, tanto en caso de despido objetivos como colectivos**.

Como es sabido, éste es uno de los aspectos más polémicos, junto con el evidenciado más arriba en relación a la expansión, cuando no generalización, del contrato de fomento de empleo indefinido, por cuanto no se comprende bien que se busque estabilidad en el empleo flexibilizando la regulación del despido, cuando en España se ha producido el mayor ajuste del mundo –y no es exageración de andaluz, sino dato estadístico– de las plantillas basándose en la facilidad para despedir. Es evidente, pese al recurrente discurso empresarial, que el coste del despido no ha sido el principal factor disuasorio para proceder a él masivamente¹³. Lo que realmente disuade y disgusta al empleador es tener que pasar por controles respecto de una decisión que considera inherente a su cualidad de empresario, contenido mínimo de la libertad de empresa, de modo que prefiere evitarlos pagando más de lo debido legalmente, si con ello se asegura el resultado querido, la extinción o liberación de la «mano de obra» que cree no necesita.

En este contexto, el debate sobre la actual reforma ha querido ir más lejos, hasta poner en cuestión no ya el papel del control judicial de los despidos económicos, en sus dos modalidades, objetiva –art. 52 ET– y colectiva –art. 51 ET–, sino su necesidad. De ahí que algunos apostaran por suprimir la revisión judicial, pese a la contundencia del mandato del artículo 24 –y 35– de la Constitución Española (CE) (STCO 20/1994). Por supuesto, el Real Decreto-Ley 10/2010 no ha seguido este pantanoso camino, fuera de toda razón jurídica pero también incluso socioeconómica, pues consagraría la arbitrariedad en vez de apostar por la racionalidad que, a su vez, es un valor no sólo jurídico sino económico.

Ahora bien, a partir de aceptar la necesidad del control judicial el Gobierno comprende la necesidad de recuperar tanto aquellos valores que poseen la causalidad del despido, de manera que los canales jurídicos sean efectivos y lleven a cabo su labor de ordenación de los despidos atendiendo a sus causas reales, lo que ahora no sucede, cuanto la preferencia de la valoración realizada por el empresario en la toma de la decisión extintiva por razones objetivas sobre la judicial, de manera que su criterio no sea sustituido por un juicio de rigurosidad excesiva del juez, lo que está claro –tampoco ahora se está cumpliendo en buena parte de los casos. Por lo tanto, es evidente que en esta materia, absolutamente clave para la gestión eficiente del entero sistema de relaciones laborales, hay un amplio margen de reordenación, tanto en el sentido de la seguridad como en el de la flexibilidad.

¹³ Vid. DESDENTADO BONETE, A. «Crisis y reforma del despido: puntos críticos seguidos de algunas propuestas». *Actualidad Laboral*, n.º 11, junio 2010.

De ahí las modificaciones introducidas tanto en las normas estatutarias como en las procesales, a fin de mantener la coherencia entre ambos cuerpos legislativos, en relación al despido económico, tanto en su modalidad objetiva como colectiva. A tal fin, las novedades más relevantes quedan como sigue:

1. En relación al despido colectivo, se da nueva redacción a las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que establece el artículo 51.12 del ET.

De nuevo, el presupuesto de la reforma sería el fracaso de la experiencia precedente, que habría evidenciado una profunda anomalía, realmente un auténtico fraude de ley, al verse desplazadas –más bien eludidas– las vías de los artículos 51 y 52 c) del ET por la del despido disciplinario improcedente. El objetivo, si fuese creíble, no puede ser más fallido, por la pésima técnica seguida, quizás porque por mucho que se empeñe el Gobierno no hay ninguna fórmula precisa si se quiere mantener un cierto equilibrio entre los intereses empresariales y los de los trabajadores. En este sentido, más voluntarioso que correcto técnicamente el real decreto-ley da una nueva redacción de estas causas de extinción para introducir pretendidamente una mayor certeza jurídica.

En principio, y aunque seguro no se dan por atendidos a juzgar por el desdén con el que juzgan las organizaciones empresariales esta reforma, se trata de un guiño a los empresarios. Éstos vienen desconfiando sistemáticamente de esta vía legal porque entienden que no es más que un trámite burocrático que retrasa lo que para ellos es inevitable en la inmensa mayoría de los casos, la declaración judicial de improcedente del despido y, por lo tanto, el pago inexorable de los 45 días de salario correspondientes. En consecuencia, para qué «marear la perdiz», se dicen. El tiempo es oro y, en consecuencia, mejor pagar antes, librarse de la mano de obra sobrante y proceder a la reestructuración con el camino allanado y sin tener que dar cuentas a nadie.

Pero la fórmula elegida es muy difícil que tenga, al menos en un plano temporal corto, tal efecto buscado. Ni los empresarios, como decía, ni tampoco los órganos jurisdiccionales a la hora de cumplir con su función de control judicial se van a sentir concernidos, pese a que la EM insista en que esta reforma es tan sólo el reflejo de la recepción en sede legislativa de la evolución judicial¹⁴.

Para el Gobierno nadie debería rasgarse las vestiduras con la nueva redacción. La novedad legal no sería jurídica propiamente, porque no se trataría sino de convertir en «palabra de ley» lo que hasta ahora era «palabra de juez». Como sucediera en la reforma de 2006, en ese caso respecto de la cesión ilegal, con ello no se alteraría realmente el tratamiento vigente en la práctica, sí en el texto legal.

Un planteamiento de este tipo ya es sospechoso, por contradictorio, puesto que se dice reproducir una orientación de política jurídico-judicial que los empresarios consideran fuente de rigidez del

¹⁴ Como se ha explicado con autoridad, en muchos países del mundo civilizado y de economías desarrolladas, «la evolución del tratamiento jurídico del despido se ha debido al cambio de los estándares jurisprudenciales, que ha permitido adaptar la regulación legal a los cambios sobrevenidos». Sin embargo, entre nosotros eso no habría sucedido, de modo que nuestra doctrina judicial pocas veces habría inspirado cambios normativos, al mostrarse continuista y no colaboradora con el imperativo de modernización del legislador, en el sentido de ampliación del margen de decisión empresarial –flexibilización del despido por causas económicas–, sino, al contrario, resistente a tales cambios. *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER. «Control judicial...». *Op. cit.* pág. 1.

régimen regulador del despido en España –si de un millón de despidos el 80% es declarado improcedente, es evidente que algo de razón deben de tener, salvo que se consagra la arbitrariedad como técnica de gestión muy normal en nuestras empresas–. El Gobierno, bajo la forma de real decreto ley, ignora que nuestros Tribunales han orientado su doctrina y jurisprudencia en la dirección que heredaron del viejo modelo de ordenación del despido por «crisis económica» de la jurisprudencia contencioso-administrativa (SSTS, 3.ª, 12 noviembre de 2008), de modo que sólo cuando se acredita la existencia de pérdidas continuadas y elevadas tiende a estimar probada la necesidad del despido, por lo que los cambios han sido escasos pese a no existir una posición coherente y suficientemente unívoca. Asimismo, ha aceptado el debate básicamente nominalista que domina esta materia, de modo que ha caído en la trampa que supuso la «distinción artificiosa entre las causas económicas en sentido estricto, y las técnicas, organizativas o de producción», de modo que intenta extraer, como el juez (STS, 4.ª, 10 de mayo y 14 de junio de 2006), de cada palabra utilizada en la ley «un significado concreto y preciso», buscando y rebuscando en el diccionario qué se ha querido decir en cada caso ¹⁵.

Pero todavía más contraproducente es que busques clarificar una situación utilizando fórmulas confusas, como evidencia un elemental análisis de la fórmula elegida por el Gobierno, sin dejar claro el sentido de la reforma, por esa preocupación en mantener una equidistancia entre el objetivo protector y el liberalizador.

Por eso, con la reforma se mantiene la dualidad existente con anterioridad, e incluso la habría reforzado, al introducir nuevos conceptos jurídicamente indeterminados, o cláusulas generales de nuevo cuño, en paralelo al reforzamiento de la técnica de la diferencia de causas atendiendo al factor productivo afectado –financiación, organización, demanda, métodos de trabajo...–. Una vez más, la regulación legislativa se muestra indecisa, de modo que buscando mayor claridad, mayor capacidad para prever todos los motivos posibles, termina introduciendo argumentaciones diferenciadas y opuestas, que lejos de dar señales claras a los jueces intensifican las ambivalencias ¹⁶.

En este sentido, una vez rechazada alguna propuesta, no concretada, en orden a establecer un parámetro objetivo y preciso –por ejemplo acreditar un determinado periodo continuado de pérdidas (seis meses se llegó a decir)–, el texto definitivo de la reforma en lugar de precisar y aclarar, lo que ha hecho es mutar la indeterminación por la vaguedad. Conforme al nuevo artículo 51.1 del ET, párrafo segundo, se considerará causa de despido por causa económica «... cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa». La indeterminación de este concepto habilitante para el despido, la «situación económica negativa», pretende reducirse concretando algo más el deber a cargo del empresario. A estos efectos, «la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos **se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva**».

¹⁵ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. *Op. cit.* pág. 6, quien recuerda esta situación de comunicación indebida de doctrinas, sin perjuicio de evidencia igualmente tanto las dificultades de delimitación de las causas justificadoras como los límites del proceso laboral, básicamente verbal, para llevar a cabo la prueba de situaciones asentadas sobre todo en documentos, de enjundia y complejidad extrema a menudo para la preparación de los jueces.

¹⁶ Aunque el legislador con la enumeración de «subcausas» solo habría querido dejar claro que la causa del despido no es sólo económico-financiera, esto es, de situación irreversible o muy negativa de pérdidas, abriendo el despido a situaciones más vinculadas a la gestión ordinaria de la empresa en contextos inciertos y de cambio, lo que realmente habría sucedido es que ello ha llevado a buscar lecturas literalistas, en vez de recurrir a la «técnica de la cláusula general», como sucede en la jurisprudencia comparada. Naturalmente esta técnica tiene ventajas e inconvenientes.

Por su parte, respecto de las causas técnicas, organizativas y productivas –la pertinencia de diferenciar entre causas económicas y el resto aparece en la STS, 4.^a, 19 de marzo de 2002–, donde antes remitía a la exigencia de «garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos» –anterior fórmula–, ahora precisa, o lo intenta, dos aspectos. De un lado, lo que se ha de entender por cada una de estas causas, recogiendo en gran medida la doctrina de la STS, 4.^a, 14 de junio de 1996. Así:

- a) «Causa técnica»: cuando se produzcan cambios, «entre otros», en el ámbito de los medios o instrumentos de producción. El listado es, pues, abierto.
- b) «Causa organizativa»: cambios, entre otros, en los métodos y sistemas de trabajo del personal.
- c) «Causa productiva»: cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

De otro, trata de concretarse qué ha de acreditar en tales casos la empresa. Así, deberá acreditar la concurrencia de tales causas y justificar que de las mismas «se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda».

Como se puede comprobar, lejos de concretar las causas económicas y el resto de causas de naturaleza empresarial, se incrementa la incertidumbre, pues el legislador no es consciente de que estamos ante conceptos puramente económico-organizativos de imposible determinación al margen de las circunstancias concurrentes en cada caso y de decisiones de política de empresa específicas. En consecuencia, la decisión sobre si es aplicable el despido procedente con 20 días de salario permanece en manos de los jueces, sin que haya visos de que la tendencia a calificar de improcedentes los despidos motivados en causas económicas vaya a variar¹⁷. El problema está en que no hay ningún juez que esté en condiciones de determinar, desde una lógica de racionalidad técnico-económica, cuándo una decisión extintiva está en condiciones de «prevenir una evolución negativa» de la empresa, o cuándo va a mejorar la «posición competitiva en el mercado». Por lo que estamos, a mi juicio, ante una regulación errática y aporética, por cuanto no admite solución desde el enfoque actual, pues ninguna fórmula jurídica puede garantizar una razonable concreción de situaciones que dependen de múltiples factores. De ahí, que la solución pase por otro tipo de opciones, quizás más costosas políticamente y socialmente, pero más realistas.

No obstante, y en el plano técnico-jurídico, quizás si haya elementos para entender que se puede producir un cambio respecto de la situación anterior. En este sentido, el inicial relativismo del significado innovador de las reformas en este punto podría verse corregido de prosperar ciertas lecturas renovadoras de los nuevos textos.

¹⁷ El indudable abaratamiento del despido, que el legislador cree justificado objetivamente pero que no ha podido acreditarse ante el juez, implica introducir una regulación que convalida, o regulariza, una profunda anomalía jurídica –debilitar la protección indemnizatoria del trabajador en un despido «injusto»– y económica –se pagan 13 días más de lo que correspondería de aplicar la ley correctamente por el juez–, pero aceptada como única forma de conseguir un resultado más equilibrado, más transaccional.

Así, un primer aspecto prometedor, tiene que ver con el uso por el legislador del presupuesto de «mínima razonabilidad» de la decisión extintiva, lo que significa establecer un estándar de prueba básico, no máximo, rebajando el estándar de suficiencia exigido hasta ahora por los Tribunales. Esto es, parece presumir la legitimidad de la decisión a partir tan sólo de un principio de prueba de la razonabilidad, por tanto no tiene que ser ni necesaria ni siquiera la mejor decisión, *evitando sólo que se incurra por parte del empresario en arbitrariedad*. Sólo esto sería lo que realmente puede controlar un juez, pero nunca sustituir el juicio de oportunidad económica. De este modo, con la reforma se está reconociendo, aunque sin precisión técnica, el diferente papel de control que el juez tiene en los despidos por causas no imputables al trabajador en general, y más en particular por causas atinentes a la empresa, respecto del despedido en el despido por causas imputables al trabajador o despido disciplinario.

En suma, en estos casos estamos ante un control de mera legalidad, nunca de oportunidad, y por tanto no es interno, sino externo, de modo que su decisión verifica la existencia de presupuestos legales y su proporcionalidad, pero sin reducir el margen de valoración económica empresarial. Por lo tanto, no ya sólo por las dificultades que tiene el juez para hacer juicios económicos, al estar al margen de su competencia profesional, sino por su función judicial en una economía de mercado ex artículo 38 de la CE, se debe partir de la presunción de estar ante una decisión legítima del despido por causas empresariales. La exigencia de un estándar de acreditación suficiente de la conexión que debe existir entre las situaciones críticas y las medidas de despido –objetivo–, según el TS –STS, 4.^a, 31 de enero de 2008–, se torna un estándar de acreditación mínima razonable. De este modo, la garantía de tutela de la estabilidad en el empleo, que el juez debe seguir procurando realizando también en esta vía el juicio de equilibrio que debe presidir en todo momento esta materia, ha de buscarse ahora a través de un diferente modo, dando continuidad a la opción o a la decisión legislativa de desplazar el eje de la protección desde la férrea defensa de un concreto puesto a la existencia de garantías de compensación –económica– y también de reinserción social –medidas sociales de acompañamiento que haga efectivo el nuevo derecho a oportunidades reales de recolocación–¹⁸.

Soy consciente del juicio que estoy llevando a cabo y se verá como expresión de un enfoque liberalizador. Pero creo que no es así. Más bien se trata de situar adecuadamente el modelo regulador, de modo que cada actor asuma su papel, y el del Juez no es sustituir al empresario, sino evitar su arbitrariedad.

Un razonamiento análogo se podría hacer en relación a la posición administrativa. Y así lo evidenciaría la modificación que se hace del artículo 51.6 del ET. No obstante, es evidente que en este caso sí que la autoridad laboral dispone de mayores medios y también habilitación legal para expresar un juicio de oportunidad socio-económica, y no sólo de legalidad.

En cualquier caso, algo sí es cierto. Esta nueva regulación abrirá la puerta a las más diversas interpretaciones de los sesudos juristas, y a la divergencia judicial, no se dude. Pero es evidente que

¹⁸ Se trataría, pues, como recientemente se ha argumentado con sólidas razones, de hacer efectivo también el presupuesto de la «flexiseguridad», pero bien entendida como pauta de equilibrio, no ya sólo de desplazamiento de los costes de la gestión al trabajador y a los poderes públicos, en sede judicial. En este sentido, el legislador trataría ahora de desplazar «al trabajador el riesgo del buen funcionamiento de la empresa, en el sentido de sacrificar su permanencia y de facilitar al empresario la supresión del puesto de trabajo innecesario; para compensarle ha previsto «medidas sociales de acompañamiento». Entre esas medidas se incluye una «indemnización» significativa a cargo del empresario, que no tiene función sancionadora, aunque sí disuasoria, y que no se inserta propiamente en la exigencia constitucional de la protección frente al despido improcedente y otras de protección social y de políticas activas que tutelan las transiciones en el mercado de trabajo, y acompañan al trabajador desde el desempleo a la actividad». *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. *Op. cit.* pág. 5.

los empresarios no se sentirán concernidos, y seguirán con sus mismas (malas) prácticas. Y para nada realmente útil social y económicamente habrá servido esta reforma.

Asimismo, y como segundo elemento que abre expectativas de renovación de la inadecuada situación actual, hay que evidenciar que el nuevo texto legislativo enfatiza el papel de las causas técnico-organizativas y productivas –que en la práctica actual apenas representan algo más de 1/3 de los expedientes presentados–, lo que significa apostar por la viabilidad del *ERE preventivo*, por tanto también del despido objetivo económico de carácter preventivo, como veremos de inmediato al unificarse las causas. De manera expresa se establece la instrumentación del procedimiento extintivo o de regulación de empleo no ya sólo para «contribuir a mejorar la situación de la empresa» sino también para «prevenir una evolución negativa» de la misma ¹⁹, a través de «una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda» –art. 51.1, párrafo tercero in fine ET–.

En consecuencia, debería haber llegado a su fin la disputa recurrente hoy en torno a la eficacia de las razones de anticipación o prevención para justificar los despidos por causas empresariales, tanto para la autorización administrativa para los despidos colectivos, como para la calificación judicial de procedencia en los supuestos de despido económico objetivo.

Otras cuestiones importantes sobre las que se han venido suscitando dudas interpretativas de cierto calado, como la relativa al cómputo o no de ciertas extinciones contractuales producidas durante el periodo de referencia de noventa días quedan, por lo tanto, en la misma situación de incertidumbre actual. Como tampoco ha merecido la atención de la reforma la recepción, en sede legislativa, de ciertas precisiones, hechas por parte de los Tribunales, que resultan de interés en relación a la delimitación del despido colectivo, como la exigencia de que no sólo concurra una pluralidad de ceses –por encima del umbral fijado–, sino que respondan a causas empresariales –SSTS, 22 de enero y 28 de febrero de 2008–.

2. Que, respecto al despido objetivo, se aprovecha el repaso del Gobierno por el texto del ET para reformar otros aspectos de su régimen jurídico en clara línea de flexibilización del mismo –arts. 52 y 53 ET–.

A saber:

a) Delimitación de las causas del artículo 52 c) del ET por remisión formal al artículo 51.1 del mismo texto legal.

Aunque en principio puede pensarse que estamos ante una reforma de mera coherencia técnica, entiendo que hay un propósito de flexibilización del régimen actual manifiesto, dando un claro mandato a los jueces para que opten por una lógica más abierta a la legitimidad de las decisiones empre-

¹⁹ La anterior redacción, que exigía al empresario prueba de la utilidad del despido para «garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos», era mucho más restrictiva. Así, no sólo utiliza el término «garantizar», sino que tampoco precisaba el sentido de esa mejor organización de los recursos, que ahora sitúa en el principio de «conveniencia empresarial» para mejorar su posición competitiva. Esto es, apunta a la legitimidad del juicio de oportunidad empresarial que el juez debe proteger y no corregir o dificultar, como ha venido sucediendo hasta ahora, según hemos comentado al analizar el tratamiento judicial de las causas de despido económico, tanto en la modalidad objetiva –orden social– como colectiva –contencioso–.

sariales cuando gocen de una básica acreditación de su razonabilidad. A tal fin, se acoge ahora una estricta técnica de remisión formal al artículo 51.1 del ET, esto es, se delimitan las causas únicamente por remisión a lo previsto en este precepto, con lo que se produce ahora una identificación causal plena. La diferencia entre una modalidad de despido económico y otra será, pues, el número de trabajadores y, por lo tanto, el procedimiento a seguir, pero no el modo de determinar las causas.

Podría pensarse, no sin razón, que en cierto modo esta opción ya existía. Se recordará que el artículo 52 c) del ET, en su anterior redacción, remitía a las causas de extinción previstas en su artículo 51.1 para fijar cuándo había necesidad por parte de la empresa de amortizar un puesto de trabajo. Sin embargo, luego el legislador intentaba precisar el estándar probatorio por parte del empresario, especificando qué es lo que tendría que probar en cada tipo de causas. Pues bien, ahora esos detalles habrían desaparecido del precepto, quedando únicamente la remisión al artículo 51.1 del ET. No obstante, lo que realmente ha ocurrido es que el intento de precisión para el despido económico objetivo se ha trasladado al despido económico colectivo, por lo que la nueva regulación es una combinación de las delimitaciones previstas para las dos modalidades en la anterior regulación. En realidad, el legislador ha trasladado a la definición de las causas del despido colectivo los criterios jurisprudenciales recaídos en la interpretación de los despidos económicos objetivos. En consecuencia, parece clara la voluntad del legislador de introducir el nuevo espíritu de flexibilización de este tipo de despidos para sus dos modalidades, aunque por el momento sean tribunales distintos los que tienen la competencia de control judicial de la efectividad de la causa.

Ahora bien, esta unificación absoluta del elemento causal, en principio muy deseable, puede tener efectos contraproducentes si no asumen los Tribunales la lógica o enfoque antes realizado a la hora de entender tanto las causas justificadoras como el estándar exigido para su acreditación. Ya se ha evidenciado cómo los jueces han proyectado los intensos estándares del despido económico colectivo al objetivo, de modo que los juicios de conveniencia u oportunidad económica, aunque razonables, no adquirirían legitimidad para fundar la procedencia del despido (SSTS, 4.^a, 11 de febrero de 2006, 29 de mayo de 2008, STSJ Navarra de 20 de enero 2010). Tampoco se ampararían las decisiones extintivas orientadas a anticipar o evitar la actualización de la crisis, ya que esos supuestos justificarían el recurso a otras medidas de reorganización, pero no el despido objetivo por causas empresariales, con lo que el juez sustituye el juicio de oportunidad del empleador (SSTS, 4.^a, 17 de mayo de 2005, 31 de mayo de 2006).

En cambio, con la nueva regulación, el control debe limitarse a evitar la pura arbitrariedad, por lo que impediría despidos amparados sólo en el mayor beneficio empresarial (STS, 4.^a, 3 de octubre de 2003), pero no debería impedir el que responda a la *conveniencia competitiva para la empresa*. *Ésta resulta* suficiente razón legitimadora del despido. De esta manera, se consolidarían posiciones judiciales que parecen encontrar más eco en la práctica forense (SSTS, 4.^a, 12 de diciembre de 2008 y 2 de marzo 2009), según las cuales:

«el control judicial previsto en la ley para determinar si las medidas adoptadas por la empresa para «superar» las dificultades que impidan su buen funcionamiento se ha de limitar... a comprobar si... es... razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de conducta del «buen comerciante»²⁰.

²⁰ «Se trata, pues, de comprobar las razones objetivas de la empresa de suprimir puestos de trabajo, no sólo si los despidos contribuyen a evitar el hundimiento de la empresa, sino también (si) pueden contribuir a recuperar, mantener o mejorar

b) Plazo reducido de preaviso: 15 días ahora –art. 53.1 c) ET–.

Con la reforma laboral se reduce a la mitad el plazo de preaviso –antes 30 días– previsto anteriormente. Con ello se pretende agilizar el procedimiento a favor del empresario y en detrimento, como es obvio, del trabajador, que dispondrá por tanto de menor tiempo para poder buscar alternativas de empleo sin esperar al momento final de la relación de trabajo.

3. La calificación del despido que incumpla los requisitos formales ya no es de nulidad, sino de improcedencia

Se trata del relativo al incumplimiento de los requisitos formales del artículo 53.1 del ET –entrega de la carta de despido y puesta a disposición del trabajador, al mismo tiempo que la carta, de la indemnización de veinte días–. De este modo, converge ahora la regulación con la prevista, por obra de la reforma de 1994, para el despido disciplinario –modificación del art. 53.4 ET y 122.2 Ley de Procedimiento Laboral (LPL)–. Asimismo, conforme al segundo párrafo del artículo 122.3 LPL –y al art. 53.4, último párrafo ET– tampoco la falta de preaviso al trabajador determinará la calificación de improcedente.

En este sentido, tal ausencia de preaviso, o el «error excusable» en el cálculo de la indemnización, sólo determinará la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo o al pago de la indemnización en la cuantía correcta. La referencia al *error excusable en el cálculo de la indemnización* obliga a tener bien presente la amplia y casuística jurisprudencia existente en esta materia. El cálculo de la indemnización ha de atender a dos parámetros: el salario y el periodo de servicios.

Con relación al primer parámetro, el salario a computar incluye todas las partidas que tengan la naturaleza salarial, atendiendo al salario vigente a la fecha del despido (STS, 22 de noviembre de 2005). Asimismo, se tomó como referencia el «salario-día», por lo que las cantidades anuales han de dividirse entre 365 –o 366– días (STS, 30 de junio de 2008), salvo que se trate de un supuesto de reducción de jornada por guarda legal disfrutada a tiempo parcial, en cuyo caso ha de tomarse los salarios correspondientes a la jornada que tenía el trabajador con anterioridad a la reducción (STS, 4.^a, 11 de diciembre de 2001; STJCE, 22 de noviembre de 2009 y disp. adic. 18.^a ET).

Por lo que concierne al segundo parámetro, sabido es que la jurisprudencia aquí distingue entre periodo de servicio y antigüedad. Se atiende al primer concepto y no al segundo. De ahí que se excluyan situaciones tales como las excedencias (STS, 4.^a, de 13 de noviembre de 2006), o pactos entre trabajador y empresario para ampliar el periodo de la antigüedad, salvo que el acuerdo prevea que lo es a todos los efectos, o que sea la consecuencia de sucesión empresarial (STS, 14 de abril de 2005). Al igual que computan todo el periodo trabajado mediante sucesivos contratos temporales, aún con rupturas de la continuidad no significativas (STS, 19 de febrero de 2009). El final del cómputo del periodo de servicios es el del despido, no el de la sentencia, salvo readmisión (STS, 4.^a, 10 de junio de 2009).

su eficacia económica y productiva, comprobando, la actualidad y realidad de la situación de la empresa y... la razonabilidad, eliminando la arbitrariedad...». *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «Control...». *Op. cit.* pág. 10.

Para completar este recordatorio ha de tenerse en cuenta la posibilidad de también devengar salarios de tramitación, si no ha reconocido la empresa la improcedencia del despido antes de la conciliación, administrativa o judicial (SSTS, 3 de noviembre de 2008 y 17 de diciembre de 2009), y no ha ofrecido la indemnización al trabajador y depositado en sede judicial dentro de las 48 horas siguientes al despido²¹. De no cumplir con tales deberes de ofrecimiento y depósito en el periodo referido, los salarios de tramitación se devengarán hasta la fecha de la consignación judicial (art. 56 ET y SSTS, 17 de diciembre de 2009 y 18 de enero de 2010).

Ahora bien, si no se cumple con tales requisitos, si la indemnización depositada no es la correcta y no se debe a error excusable, se devengan los salarios de tramitación. De ahí que sea básico determinar cuándo nos hallamos ante un depósito erróneo y, en su caso, determinar si el error es excusable, pues sólo el error excusable impediría, según la jurisprudencia unificada antes de la reforma, el devengo de los salarios de tramitación. Es aquí donde adquiere sentido la ambigua novedad incorporada por la reforma en los artículos 53.4, último párrafo del ET y en el artículo 122.3 de la LPL, según la cual:

«... el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, **sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo** o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan.»

Conforme a la jurisprudencia del TS no todas las diferencias cuantitativas permiten llegar a la conclusión de que el depósito es incorrecto, por lo que sólo es relevante en el caso en que la diferencia impide entender cumplido el precepto y obedece a error no excusable o injustificado (STS, 24 de abril de 2000). La determinación del carácter excusable o no depende de las circunstancias concurrentes en cada caso, siendo indicios a tener en cuenta la cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido –si es reducida sí será excusable–, tratándose por tanto de simples errores de cuenta, o la dificultad para los cálculos, pero no matemática sino jurídica, al haber conceptos discutibles a la hora de su integración en el cómputo... (STS, 19 de junio de 2005). Precisamente, en todos estos casos el error excusable no invalidará el efecto de no devengo de los salarios de tramitación, si bien debe corregirse mediante el abono de la diferencia que realmente resulte en la indemnización a percibir. Atendiendo a esta jurisprudencia se entiende mejor, a mi juicio, lo establecido en la reforma de los referidos preceptos.

3.4. De la flexibilidad externa a la flexibilidad interna: ¿una misión imposible en el actual modelo empresarial dominante en España?

3.4.1. Un cuadro general de las reformas orientadas a fomentar los reajustes vía novación de las condiciones de trabajo

Otra de las singularidades de la referida histéresis del desempleo en España es el uso y abuso de la flexibilidad externa en detrimento de la flexibilidad interna. Por eso, el Capítulo II del real

²¹ Se entiende por la diferencia entre los 20 días de salario por año de servicio, que ha debido ser entregada con la carta de despido, salvo que por causa económica no se pudiese realizar, y los 33 días de salarios por años de servicio en caso de tratarse de contratos de la disposición final primera de la Ley 12/2001. *Vid.* SSTS, 4.^a, 27 de octubre de 2009, 18 de enero de 2010.

decreto-ley contiene diversas medidas que pretenden relanzar en nuestro país los instrumentos de flexibilidad interna, favoreciendo los reajustes a través de las medidas de adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción, y no vía extinción de contratos –ajuste del volumen de empleo–. Por tanto, se busca propiciar modelos de gestión cualitativa y no meramente cuantitativa, lo que supone un cambio muy importante, más allá de modificaciones parciales o concretas, por cuanto todo el modelo español ha estado basado en el favor hacia la expulsión de la mano de obra. Pero configurar instrumentos que permitan a las empresas mejorar su competitividad, que exige ampliar su libertad de decisión –estrategia de flexibilidad–, sin perjudicar los derechos de los trabajadores y facilitando la continuidad del puesto de trabajo, supone apostar por una estrategia competitiva basada en la calidad que no es la dominante en nuestro sistema, asentado en la «estrategia de costes».

Entre esas medidas de flexibilidad interna se incluyen las siguientes:

1. La modificación del régimen relativo a la movilidad geográfica, en especial el relativo a los traslados colectivos –art. 40 ET–.
2. Cambios del régimen modificativo de las condiciones sustanciales de trabajo –art. 41 ET–.
3. La flexibilización del régimen relativo a las cláusulas de inaplicación o «descuelgue» salarial.
4. El fomento de la suspensión de contratos de trabajo como medida para la gestión de las reestructuraciones empresariales en situaciones críticas, de modo que se favorezcan los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) respecto de los ERE.
5. Fomento de un modelo de gestión basado en la reducción de jornada por causas empresariales –el «modelo alemán»–.

3.4.2. *Las novedades en materia de movilidad geográfica de los trabajadores*

Respecto de las modificaciones introducidas en el artículo 40 del ET –también en el art. 41 ET–, el objetivo es dotar al procedimiento actualmente vigente, confuso donde los haya y de difícil realización práctica, de mayor agilidad y eficacia. Para ello se establece:

- a) El carácter improrrogable del plazo previsto para los períodos de consultas exigidos en supuestos de movilidad geográfica colectiva.

Este plazo ahora será de un máximo de 15 días –«no superior a 15 días improrrogables»–, cuando antes este plazo era entendido como mínimo –«no inferior a quince días»–. El sentido de la reforma es evidente: agilizar el procedimiento.

- b) Una solución legal para los supuestos en que no existan representantes de los trabajadores en la empresa con quienes negociar la movilidad.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, hipótesis frecuente en un sistema como el nuestro dominado por un tejido productivo de pequeñas empresas, incluso de microempresas, se prevé que pueda atribuirse una representación específica para la negociación del acuerdo de movilidad geográfica colectiva. A estos efectos, la representación recaería no sobre los propios trabajadores sino sobre una «comisión» sindicalizada, pues está integrada por un máximo de tres miembros designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos, de un lado, y más representativos del sector, de otro, al que pertenezca la empresa. La designación recaerá en la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a la empresa y deberá realizarse en un plazo de 5 días a contar desde el inicio del periodo de consultas.

En principio, la norma prevé que la falta de designación pueda representar la paralización del mismo. Ahora bien, esta aparentemente sencilla regla suscita muchos problemas. Primero, que al ser improrrogable el periodo de consultas se estaría en realidad minorando en 5 tal periodo, los que tienen para la designación si apuran el plazo legal. Segundo, es posible que no haya designación, por falta de acuerdo, por lo que no habría interlocutores válidos. Por lo tanto, ¿tiene sentido esta regla teniendo en cuenta que la previsión responde, precisamente, a la constatación de empresas en las que no hay representantes con quienes negociar –conforme al art. 62 ET aquellas que tengan menos de 6 trabajadores, o entre 6 y 10, donde es voluntaria–?

La previsión del artículo 40.2, párrafo sexto, incluye también reglas relativas a las exigencias para dar eficacia a los acuerdos adoptados en su seno, a cuyo fin requiere el voto favorable de la mayoría de sus miembros. En cierto modo es una medida de sindicalización de las relaciones laborales, por lo que no debería ser objeto de crítica sindical.

- c) Se potencia la utilización, de forma voluntaria, de medios extrajudiciales de solución de discrepancias establecidos a través de la negociación.

El periodo de consultas podrá ser sustituido, mediante acuerdo entre empresa y los representantes de los trabajadores adoptado en cualquier momento, por la aplicación de un procedimiento de mediación o arbitraje correspondiente al ámbito de la empresa. Este procedimiento tiene los mismos límites temporales que el periodo de consultas. Para el Gobierno tales medios han demostrado su valor y eficacia como sistemas alternativos a la judicialización de los conflictos, permitiendo que los procesos de adaptación de las condiciones de trabajo se lleven a cabo de modo equilibrado: con agilidad para el empresario, de un lado, y con garantías para los trabajadores, de otro. Para favorecer esta disminución de la conflictividad laboral se apuesta por las vías creadas mediante acuerdo de los interlocutores sociales.

A diferencia de la previsión del borrador inicial del Gobierno, que apostaba claramente por un instrumento alternativo a la negociación colectiva de carácter obligatorio, lo que hacía dudar seriamente de su constitucionalidad, ahora la opción ha quedado en voluntaria, por lo que es evidente que se reduce el impacto en el ordenamiento de esta institución. Quizás puede pensarse que ello afecta también a su eficacia, en la medida en que exige un acuerdo entre empresarios y trabajadores que presume un clima de entendimiento que, precisamente, es lo que no existiría.

3.4.3. Las novedades en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo

El régimen legal de la modificación de condiciones de trabajo es un aspecto muy complejo de la gestión de las relaciones de trabajo, por lo que tanto su regulación como su aplicación están plagadas de múltiples y difíciles interrogantes.

La regulación está articulada básicamente sobre una intensa exigencia de causalidad, de modo que la modificación exige la concurrencia de causa empresarial fehacientemente justificada por el empresario, y un procedimiento específico. Precisamente, esta constatación de una cierta rigidez reguladora, generado de importantes problemas de gestión, y por tanto barreras para hacer efectivo ese desplazamiento del modelo basado en la salida de mano de obra por otro fundado en la modificación de condiciones de trabajo, con inclusión de todos los aspectos relativos a la jornada de trabajo, habría llevado a una práctica convencional orientada a flexibilizar, mediando o no situaciones de crisis, el régimen jurídico, hasta proponer incluso procedimientos alternativos al artículo 41 del ET. También explicaría una doctrina judicial y jurisprudencia bastante permisivas con estas prácticas, especialmente generosas en relación a la distribución irregular de jornada ²².

Pues bien, en lo que concierne a las reformas en el régimen de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo ex artículo 41 del ET las novedades son:

- a) Causas. Se añade como aparentemente nueva causa que permite esta modificación la relativa a los aspectos de «distribución del tiempo de trabajo», sumándose a la ya contemplada relativa al «horario».

Como es sabido, la calificación como sustancia de una determinada modificación requiere un análisis casuístico, de modo que se pondere no sólo la materia sobre la que incida sino también sus características. Esta interpretación lleva, como viene entendiendo el TS, a un triple enfoque a tener en cuenta: importancia cualitativa, alcance temporal y eventuales compensaciones de la modificación (STS, 4.^a, 26 de abril de 2006). Teniendo en cuenta esta posición general, en materia de jornada, el aspecto del tiempo de trabajo relativo a la distribución de la jornada era admitido antes de la reforma, pues estaba incluido en la letra a) del artículo 41.1 del ET, relativa a la «jornada de trabajo». La gestión distributiva del tiempo es un aspecto que puede llegar a ser más relevante para la gestión eficiente que su extensión o duración.

Antes de la reforma, la cuestión que sí había suscitado un intenso debate, con experiencias de diferente tenor tanto en jurisprudencia como en la negociación colectiva, era la posibilidad de ampliar o reducir la duración de la jornada. A este respecto, si en el ámbito de la jurisdicción ordinaria la posición, más o menos matizada, había sido en gran medida positiva –en especial en relación a la transformación de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial–, siempre y cuando no supusiera una novación contractual (STS, 4.^a, 14 de mayo de 2007), el TCO –STCO 213/2005– parecía pronunciarse en un sentido contrario. En este marco incierto, la doctrina se había

²² Vid. STSJ Madrid 30 de enero de 2005, siguiendo la posición de STS, 4.^a, 15 de diciembre de 1998. Permisiva, pero más matizada, SAN de 7 de marzo de 2006.

dividido entre quienes entendían que la reducción de jornada sólo podía hacerse por la vía del artículo 47 –o 51– del ET, y no por la del artículo 41, lo que implicaría una forma de elusión de aquellos, y quienes consideraban especialmente útil esta vía como alternativa más eficiente a la del artículo 47 del ET²³.

De ahí, que incluso se solicitara una reforma legislativa que facilitara realizar la reducción de jornada sin tener que seguir el procedimiento de suspensión del artículo 47 del ET y siempre como alternativa a la extinción contractual. Como veremos, la opción legislativa no ha sido ésta, sino la contraria. El real decreto-ley ha convertido la vía del artículo 47 del ET en el procedimiento adecuado para llevar a cabo decisiones de reorganización del trabajo, forma preferente para llevar a cabo una mejora de la posición competitiva de la empresa.

b) Reducción del plazo para el periodo de consultas, que se convierte en máximo improrrogable y deja de ser mínimo.

Como es conocido, el procedimiento para la modificación sustancial varía si se trata de modificación con carácter individual (pactada en contrato) o si es colectiva (adoptada en convenio o mediante decisión unilateral de efecto colectivo). En este segundo caso, la clave fundamental del procedimiento de gestión está en la necesidad de acudir a un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores.

Pues bien, al igual que para la movilidad geográfica, se prevé que el plazo sea sólo de 15 días máximo improrrogable –art. 41.4 ET–. Asimismo, este periodo consultivo puede ser sustituido por un procedimiento de mediación o de arbitraje correspondiente al ámbito de la empresa –art. 41.4, párrafo cuarto ET–.

c) La sindicalización como respuesta a situaciones de vacío de representación en las empresas.

También siguiendo la misma tónica general que la ya comentada para el caso de la movilidad geográfica colectiva, se prevé para los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en ausencia de representación, la atribución de ésta a una comisión ad hoc, en los mismos términos indicados, y por tanto con los mismos interrogantes, para las situaciones de movilidad geográfica –párrafo tercero art. 41.4 ET–.

²³ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J. «Los expedientes de regulación de empleo: elementos de debate y propuestas de reforma». *Temas Laborales*, n.º 99, 2009, págs. 26 y ss. Una posición crítica al respecto en VALLEJO DACOSTA, R. *Modificaciones de las condiciones de trabajo. Un análisis desde la perspectiva del sistema de fuentes de la relación laboral*. CES. Madrid. 2002. En todo caso, la jurisprudencia ha venido siendo condescendiente con las cláusulas convencionales que promueven alternativas a la vía del artículo 41 del ET, bien ampliando el margen de decisión empresarial –SSTS, 4.ª, 17 de julio de 2000, 24 de octubre de 2002, 24 de enero y 3 de marzo de 2003, 28 de junio de 2006, entre otras–, bien remitiendo al acuerdo de empresa para realizar modificaciones en materia de jornada –doctrina de suplicación del TSJ Cataluña–, relativizando en gran medida el carácter imperativo del artículo 41 del ET y permitiendo acuerdos de descuelgue en materia de jornada en situaciones de crisis. En este sentido GONZÁLEZ DEL REY, I. «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo en convenio colectivo». *REDT*. N. 75, 1996.

d) Condiciones de efecto colectivo establecidas unilateralmente por el empresario, o en virtud de pacto colectivo.

En este caso bastará con la decisión empresarial para la introducción de los cambios, siempre que:

- Hubiese finalizado el periodo de consultas.
- Sea notificada la decisión a los trabajadores –nuevo apartado 5 del art. 41 ET–.
- Haya transcurrido el plazo de 30 días de preaviso a estos conforme a la regla del artículo 41.3 del ET.

La solución es la misma que antes de la reforma, aunque se haya reordenado la numeración del precepto. Por lo que no hay novedad de relevancia.

e) Condiciones de efecto colectivo fijadas en convenio –nuevo apartado 6 del art. 41 ET–.

Es en este ámbito donde se acumulan mayores novedades en la reforma. Por tanto, son las que más polémica habían generado, aunque el texto final ha diluido en parte los problemas suscitados en el proceso reformado. La nueva redacción mantiene la regla básica vigente en esta materia, que exige un acuerdo colectivo de empresa novador o modificativo. En este punto las principales novedades son:

- Se precisa la regla relativa a la mayoría exigida para la validez del acuerdo.
- Se incluye de modo expreso a la representación sindical, novedad más formal pues se admitía judicialmente.
- El plazo de vigencia de la modificación no podrá exceder el del convenio modificado o novado. La novación tiene, pues, carácter temporal, al igual que sucede con las cláusulas de descuelgue salarial, como se verá.
- Cabe atribuir una representación específica en los términos ya comentados cuando no haya representación legal en la empresa.
- *En caso de desacuerdo entre las partes, se establece como obligatorio el acudir a los procedimientos de mediación establecidos al efecto por medio de convenio colectivo o acuerdo interprofesional.*

Como puede verse, a diferencia de los supuestos previstos con anterioridad, aquí no se deja a la voluntad de las partes el recurso a este procedimiento en sustitución del periodo de consultas, sino que es obligatorio el acudir a la mediación en el marco de los sistemas ya institucionalizados convencionalmente de solución extrajudicial de conflictos. Lo que sí queda abierto es el recurso a un procedimiento de arbitraje, pues se remite a los convenios y acuerdos de dimensión interprofesional

la fijación de compromisos previos de someterse a un arbitraje vinculante para los casos de no avenencia en la mediación. En estos casos, y conforme a la regla general, el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodos de consultas, siendo tan sólo recurrible conforme a la previsión del artículo 91 del ET. En consecuencia, se ha descartado establecer directamente por Ley un arbitraje obligatorio que, como antes se comentó, si hubiera supuesto un duro golpe para el derecho a la negociación colectiva.

3.4.4. *De nuevo sobre las cláusulas de descuelgue: la potenciación de los acuerdos modificativos en materia salarial*

En lo que concierne a las reformas introducidas en el contenido de los convenios colectivos, en particular en relación a lo previsto por el artículo 82.3 y el artículo 85.3 del ET, relativas al fomento de las *cláusulas de descuelgue salarial*, hay que comenzar destacando que también van dirigidas a favorecer la flexibilidad interna, en este caso en relación a un aspecto tan importante para los costes empresariales como el salario. El objetivo normativo es claramente facilitar la eficacia de las cláusulas a través de las cuáles se fijan procedimientos de inaplicación salarial cuando la situación de la empresa es negativa, de modo que se prefiere sacrificar el salario al empleo.

Para ello:

1. Se regula de manera más detenida este procedimiento, que antes quedaba en una significativa nebulosa reguladora, como evidencia la complicada redacción del artículo 82.3 del ET antes de la reforma. Por eso, más que novedoso resulta más completo y preciso el régimen.
2. Se recurre igualmente a la vía, que saldría claramente reforzada, a los medios extrajudiciales de solución de conflictos, como instrumento capaz de conciliar la doble necesidad de facilitar la decisión empresarial pero sin perturbar en exceso el derecho a la negociación colectiva.

El objetivo básico perseguido por la nueva regulación es evitar las situaciones de bloqueo a la aplicación de esta regulación producidas con anterioridad, de modo que la ausencia de acuerdo podría vaciar de funcionalidad esta medida modificativa. En consecuencia, para la reforma el interés general se situaría del lado de la decisión del empresario en orden a facilitar la flexibilidad interna, por cuanto sería un mecanismo alternativo al ajuste vía destrucción de empleo. Ahora bien, una vez más, dado el manifiesto potencial de afectación del régimen convencional vigente en esa empresa la norma de reforma, una vez más, cuida de no perturbar o «molestar» en exceso los ánimos de los interlocutores sociales ni el modelo de gobierno vigente. De ahí que se preocupe de advertir que «este conjunto de medidas no contradicen la voluntad manifestada por el Gobierno a lo largo de todo este proceso de diálogo social de respetar el período que se han dado los interlocutores sociales en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva suscrito el pasado mes de febrero para acordar las modificaciones que crean convenientes en la negociación colectiva».

Quizás a modo de una «excusatio non petita», se explaya la norma en dejar claro que se respeta «la articulación legal de los convenios colectivos» y que se mantiene su «eficacia normativa» –que no sé a cuento de qué debería alterarse, pese al reclamo de ciertos sectores empresariales y alguna voz doctrinal hoy todavía residual–. Al tiempo que se insiste en que «la negociación colectiva constituye el mejor instrumento para favorecer la adaptabilidad de las empresas a las necesidades cambiantes de la situación económica y para encontrar *puntos de equilibrio entre la flexibilidad requerida por las empresas y la seguridad demandada por los trabajadores*». Frente a los varios ataques realizados en tiempos recientes por el propio Gobierno contra la negociación colectiva –recortes a controladores, empleados públicos...–, e incluso en relación al borrador inicial, ahora se tiende un puente a una visión colectiva de la gestión.

La negociación colectiva vendría a ser, de este modo, un adecuado instrumento de «flexiseguridad». Por eso, la especulación sobre la reforma de la negociación colectiva se ha quedado en esa introducción de la posibilidad, que no obligación como inicialmente se propuso, de acudir a un arbitraje voluntario en caso de que la empresa quiera proceder al descuelgue» salarial.

Los principales aspectos de la nueva regulación son:

a) Fuente colectiva para instrumentar la posibilidad legal del descuelgue.

Conforme al artículo 82.3 del ET, y a diferencia de lo previsto en la normativa anterior, la posibilidad de llevar a cabo el descuelgue no depende de la existencia de previsión al respecto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, sino que basta con que lo *acuerden el empresario y los representantes* de los trabajadores legitimados para llevar a cabo la negociación colectiva a través de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4 del ET –por un plazo improrrogable de 15 días–. En caso de ausencia de representación colectiva es de aplicación lo previsto en torno a la posibilidad de designar una forma de representación ad hoc a través de una comisión integrada por los sindicatos más representativos. En todo caso, conviene tener en cuenta que sí es contenido mínimo el convenio, conforme al nuevo artículo 85.3 c) del ET, fijar procedimientos para «solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la no aplicación del régimen salarial» ex artículo 82.3 del ET.

b) Presupuesto habilitante para el descuelgue salarial.

El texto de la reforma entiende la inaplicación del «régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, **cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma**». Son dos, pues, los presupuestos legales. De un lado, la constatación de un riesgo cierto de pérdida de competitividad para la empresa de aplicar el régimen convencional. A tal fin no bastaría sólo con una situación negativa actual de aplicar el régimen salarial convencional común, sino que, hacia el futuro, tampoco haya una posibilidad significativa de cambio, esto es, no haya «perspectiva» de mejora a corto plazo. No bastaría, pues, con un daño poten-

cial, con un peligro concreto, sino que se exige un «daño efectivo» del régimen común, actualmente y en el futuro próximo.

De otro, que se vea afectada la continuidad del empleo actualmente existente, esto es, debe tener algún riesgo cierto de perjudicar el volumen de empleo. En todo caso tampoco mejora mucho la redacción del texto, por lo que la definición legislativa genera muchas dudas de interpretación, que deberían ser colmadas por los interlocutores a través de sus prácticas y, cómo no, por los tribunales, con el consiguiente coste del riesgo que quiere evitarse, la judicialización.

c) La norma concreta un contenido básico del nuevo régimen salarial aplicable tras el acuerdo.

Con vista a evitar que el nuevo régimen quede en exceso al albur del acuerdo entre las partes –actores colectivos–, la norma precisa algunos extremos que deberá atender el acuerdo. Así, se debe:

- Precisar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores.
- Una programación del periodo que se tardará en recuperar la equiparación con el régimen común, por lo que debe incluir el programa temporal para la «progresiva convergencia» hacia el régimen común.

d) Fijación de un límite temporal al régimen de inaplicación.

La nueva regulación atribuye un carácter temporal al régimen de inaplicación salarial. A tal fin, se pone como referencia máxima el periodo de vigencia del convenio colectivo, que por lo general será de dos años, que es la media actual de duración de los convenios colectivos. No obstante, y dada la tendencia a ampliar los periodos de duración de los convenios colectivos, se establece un límite absoluto concreto, que se fija en tres años de duración. Por lo tanto, aunque el convenio colectivo tenga prevista una duración mayor, el régimen singular nunca puede superar los tres años, que es el periodo que se ha considerado razonable por la norma para la recuperación por parte de la situación económica de la empresa. Pasado este tiempo y si se mantiene esta mala situación económica, parece claro que la empresa ya no podrá acudir a un nuevo acuerdo en tal sentido, sino que precisará utilizar otros instrumentos para salir de esa situación, como puede ser la vía del artículo 47 del ET, pues siempre será preferible una técnica de gestión flexible interna que de flexibilidad de salida.

e) Solución prevista en caso de desacuerdo entre empresario y representantes.

De nuevo se prevé aquí el recurso obligado al procedimiento de mediación previsto en los convenios o acuerdos interprofesionales, en los mismos términos que lo establecido para la modificación sustancial. La previsión de estos procedimientos constituye un contenido obligatorio de los convenios colectivos, conforme a la nueva redacción del artículo 85.3 del ET.

3.4.5. *La fascinación por el «modelo alemán»: medidas para fomentar la reducción del tiempo de trabajo en tiempos de crisis*

La reforma incluye igualmente modificaciones en la legislación laboral y de Seguridad Social que persiguen fomentar la adopción por el empresario de *medidas de reducción del tiempo de trabajo*, ya a través a) de la *suspensión del contrato* de trabajo, ya mediante b) la *reducción de la jornada* en sentido estricto. Aquí reside una de las piezas fundamentales sobre las que se quiere actuar para aproximarnos al llamado «modelo laboral alemán», un modelo cuya principal credencial de éxito sería la de mantener la tasa de paro en unas cifras que se mueven en el entorno del 8 por 100 en un tiempo en el que su economía caía más de un 6 por 100. La diferencia no puede ser más radical, como ya se indicó al evidenciar la histéresis española del desempleo ²⁴.

Este desajuste pone de manifiesto que es posible una relación no automática entre el factor del crecimiento económico y el del empleo-desempleo, de modo que es evidente que la tasa de empleo depende de la tasa de crecimiento económico, pero se mantiene una importante elasticidad, en el sentido de admitir momentos de fuerte retroceso en la actividad económica con una baja reducción del desempleo. En suma, se confirma que el empleo no es una variable sólo dependiente del crecimiento, sino que es un valor añadido que depende de otras variables, de otros factores y por tanto también de factores institucionales, como es la regulación del mercado de trabajo. La flexibilidad emergería, pues, como la clave de este sistema, de modo que los cambios negativos de mercado se gestionarían por la empresa por la vía de la suspensión de contratos –y/o reducción de jornada–, a través de procedimientos que, sin necesidad de autorización administrativa, conllevaran un reparto de costes: una parte menor la empresa, que paga un salario reducido, y la otra los poderes públicos ²⁵.

Al tiempo, los trabajadores se comprometen con programas de reciclaje para adaptarse a las nuevas exigencias del mercado laboral. Algo que, bien pensado, en España es perfectamente conocido, e incluso exigible por la regulación de la normativa de empleo y de protección social. Pero que, ciertamente, no parece estar teniendo mucho éxito.

En definitiva, introducir medidas que faciliten la reducción de jornada laboral –decisión de flexibilidad empresarial– combinada con el beneficio de la prestación por desempleo –asunción pública del coste de la decisión empresarial–, sería el «secreto» que habría permitido el «milagro alemán», esto es, un mecanismo para contener, e incluso, reducir el paro durante la crisis. Y a la emulación del mismo se dirigiría este aspecto de la reforma. En la práctica actual, sólo un 10 por 100 de los ERE se ordenarían hacia la reducción de jornada, cuando en Alemania esta medida es la mayoritariamente promovida empresarialmente y aceptada por los trabajadores.

²⁴ Con el doble de población, Alemania tiene un millón de desempleados menos que España. De modo que con menor crecimiento económico, incluso con recesión, Alemania es capaz de mantener más puestos de trabajo que España es capaz de crear con ciertos incrementos de su PIB. Y cuando España tiene recesiones destruye muchísimo más empleo que Alemania en situaciones análogas.

²⁵ La llamada «indexación de los salarios a la productividad» y no a la inflación, como sucede en nuestro país, pese a contemplar el primer criterio también, es otra de las claves del mercado laboral alemán.

En suma, el modelo alemán de reparto del trabajo consiste en *una nueva modalidad de colaboración público-privada de gestión de las crisis*, de modo que una parte de los costes los asume el empresario y la otra el poder público. Éste logra reducir la tasa de paro a cambio de ayudar a profesionales en activo y el empresario puede continuar con su actividad pero reduciendo costes. Es evidente, por lo tanto, que una medida de este tipo implica siempre un coste público, que en países con un gasto más contenido y un reducido volumen de desempleo es viable, pero que conviene analizar con más detalle en otros donde crece el gasto público y el desempleo es anormalmente alto, como es el caso español. Asimismo, ni en todos los tipos de empresas ni en todos los sectores puede tener el mismo predicamento, por lo que conviene hacer un análisis detenido, ponderado y atento a las circunstancias de cada sistema económico-productivo y mercado laboral.

Pero en realidad lo más sugerente e interesante del debate es la facilidad con la que se extiende, quizás por la influencia de los medios de comunicación en nuestros días, las llamadas «fórmulas mágicas» que, expresivas de un modo simplificado de aferrar una muy compleja realidad, se difunden como la gran vía de salvación. Con ello se ignora que realmente ni es posible trasladar de modo mimético las soluciones de un país a otro –efecto societal–, ni realmente son tan novedosas ni dependen de cambios legislativos, sino de cambios de actitud y pautas de conducta. Por eso, si el tema no fuese tan trascendental, por afectar al desempleo de cientos de miles de personas, la reflexión induciría a perplejidad cuando no directamente a hilaridad.

Y es que, en efecto, como han recordado algunos responsables públicos y también algunos estudiosos, en España la legislación, al menos desde mediados de la década de los años ochenta ya permite, en lo sustancial, este modelo de reparto del trabajo. En definitiva, lo tenemos regulado desde hace tiempo y sabemos cómo hacerlo. Antes de la reforma cualquier empresa con problemas de ajuste de plantilla tenía la opción de un ERE con una prestación parcial de desempleo, a través de incluir en el ERE la suspensión de contrato en algunos días o en algún tiempo, o en algunas horas del trabajo. Otra cosa es que, tanto por algunas limitaciones legales, cierto, como, sobre todo, por falta de hábitos de este tipo en las empresas, ante la deficiente organización del tiempo de trabajo, no se haya usado apenas el desempleo a tiempo parcial, existiendo además problemas relativos a la falta de controles en la materia. En todo caso, se inserta de nuevo en el marco del debate sobre la necesidad de un mayor desarrollo en España del trabajo tiempo parcial, que no supera el 12 por 100 del total en nuestro país frente a una media del 20 por 100 en la UE.

Entonces ¿por qué no se ha hecho antes, en un momento en el que hubiese evitado realmente esta sangría de empleos, calculándose que hubiese evitado más de medio millón de desempleados? Quizás el elevado coste público del sistema para un país con altísimo desempleo y su complejidad organizativa habrían sido los factores fundamentales para impedir un desarrollo más significativo, existiendo también dudas en orden a su eficacia. Si para el Ministro de Trabajo hubiese sido un dique eficiente para contener el aluvión de desempleos durante la crisis, para determinados expertos llega tarde y adolece de una extrema complejidad que hará que su impacto en nuestro país sea notablemente menor. En cualquier caso, tendría sentido como fórmula para una función pedagógica, esto es, para intentar cambiar el modelo de gestión laboral de las crisis económico-organizativas. En todo caso, y como veremos de inmediato, los cambios son de escaso significado como para confiar en la mutación, «nuevo milagro».

Estas medidas de flexibilidad interna favorecerían el logro de «un equilibrio beneficioso para empresarios y trabajadores». Para los primeros porque les permitiría reajustar en cada momento su empresa a las necesidades cambiantes del mercado. Para los segundos porque, al mismo tiempo, proporcionaría al trabajador «un alto grado de seguridad», pues no sólo conservarían el vínculo laboral –seguridad ocupacional– sino también su nivel de renta, al poder combinar salario –aunque más reducido– con la prestación de desempleo.

En consecuencia, se busca flexibilizar el tratamiento de esta figura tanto en el ámbito laboral como en el de la protección social y ampliar los incentivos a la misma. Para trabajadores –reposición de las prestaciones de desempleo– y para empresarios –bonificaciones de sus cuotas sociales– vinculados a la utilización de esta medida. Para ello se reforma el artículo 47 del ET. Éste tiene tres apartados diferenciados, aunque estrechamente conexos funcional y procedimentalmente.

En el apartado 1 se regulan las *especialidades del procedimiento de suspensión de contratos por causa de reestructuración* respecto del artículo 51 del ET.

Como es sabido, un buen número de crisis de empresa de estos dos años últimos se han reconducido por la vía de los ERTE, a menudo bajo la presión de las autoridades laborales correspondientes, a fin de evitar un incremento excesivo de los desempleados, cuando se trataba de situaciones que podían ser transitorias y pese a la decidida voluntad empresarial de ajustar por la vía de las extinciones. De ahí la existencia de una serie de medidas de incentivo de esta vía, por lo general concretadas en la Ley 27/2009, que ahora se vería reformada –art. 9 RD-Ley 10/2010– en la línea de reforzar este sistema de incentivos –reposición de la duración de la prestación por desempleo contributivo si finalmente se acude, tras el ERTE, a un ERE extintivo– para preferir ajustes coyunturales a los definitivos.

Esas especialidades para los ERTE son las mismas que las que ya existían anteriormente, sólo que se clarifican y ordenan:

- El procedimiento será aplicable al margen del número de trabajadores afectados por la suspensión. No hay novedad al respecto, lo que es difícil de entender por cuanto no parece muy razonable que se siga exigiendo una vía de este tipo para suspensiones individuales o plurales.
- El plazo del periodo de consultas se reduce a la mitad, al tiempo que se simplifica la documentación exigida.
- La autorización será procedente cuando se acredite razonablemente que tal medida es necesaria para superar la situación coyuntural negativa.
- La autorización no genera derecho a indemnización alguna.

Pero sin duda el elemento que pretende infundir mayor atención es la *reforma de la reducción de la jornada en situaciones de crisis*, también mediante el recurso a un ERE en los términos del

artículo 51 del ET, pero con las especialidades del artículo 47.1 del mismo texto legal. A tal fin se establece una modalidad específica respecto de la suspensiva.

Ya hemos hecho referencia a la polémica suscitada antes en torno a la relación entre el artículo 41 del ET y este precepto. En consecuencia, una virtud de esta reforma es la de clarificar la problemática planteada por un número significativo de ERE de este tipo, a fin de facilitar la tramitación de procedimientos que apuesten más por esta vía modificativa. Con la nueva regulación, la jornada de trabajo podrá reducirse por causas empresariales conforme al procedimiento previsto en el artículo 47.1 del ET. En todo caso, llama la atención que las estadísticas laborales muestren el poco éxito de esta modalidad de regulación de empleo basada en la flexibilidad de condiciones, por cuanto si los ERE extintivos se han reducido en el primer semestre del año en casi 1/3, los de suspensión temporal de empleo se han reducido un 62 por 100, y los que implican reducción de jornada casi un 50 por 100, lo que evidencia el escaso seguimiento del modelo.

Pero antes de comentar la principal novedad del precepto, la delimitación de lo que ha de entenderse por reducción de jornada, conviene poner de manifiesto, máxime en un momento en el que la negociación colectiva aparece de nuevo en el ojo del huracán y es blanco de las críticas socio-políticas orientadas a su debilitamiento, que se trata de una materia objeto de atención significativa en los últimos años por la negociación colectiva. Una creciente presencia que evidencia la instrumentación de la autonomía colectiva rumbo a la flexibilización demandada tan insistentemente por los empresarios y sus voceros. A este respecto, no está de más recordar que una de las prácticas convencionales más innovadoras, si bien claramente discutibles y expresivas de un cierto desequilibrio en la gestión de la crisis, ha sido la de reconocer al empresario la posibilidad de reducir la jornada de los trabajadores con la consiguiente reducción salarial, incluso al margen de la autorización administrativa, mediante sólo un acuerdo de empresa. Estamos ante un tipo de acuerdos colectivos basados en el intercambio directo de empleo –incluso indefinido– por competitividad empresarial.

Estas prácticas han sido aceptadas, desde un enfoque interpretativo elaborado sobre la base de influencia del espíritu de flexibilidad de las últimas reformas y el primado del principio jurídico de protección del empleo, por los Tribunales²⁶. En estas decisiones judiciales hallamos respuestas que, de dudosa legalidad, proponen una relectura pragmática de los textos legislativos para superar su comprensión literal.

En suma, ni el artículo 41 del ET, que no permitiría teóricamente modificar la jornada de trabajo establecida por convenio colectivo, ni el artículo 47 del ET, que exige en todo caso autorización laboral, han sido obstáculos significativos para frenar esas opciones de gestión flexible de las crisis, evidenciando la extraordinaria potencialidad creativa, para fomentar la flexibilidad interna, de la

²⁶ Especialmente conocida es la STS, 4.ª, 24 de octubre de 2002, respecto de un acuerdo extra-estatutario firmado en la empresa NISSAN. Esta sentencia entendió que tal situación era distinta de una modificación sustancial, y también de la creación de una nueva modalidad de contrato de trabajo a tiempo parcial. Se trataría de una suerte de procedimiento privado de regulación de empleo que, amparado en el artículo 85.1 del ET –acuerdos para la solución de discrepancias surgidas en los periodos de consultas previstos en los arts. 40, 41, 47 y 51 ET–, persigue adecuar la mano de obra en la época de menor actividad, sin tener que recurrir ni a las extinciones ni a la contratación temporal. En el mismo sentido, el Acuerdo de la Empresa VOLKSWAGEN para su centro en Navarra. *Vid.* STSJ Navarra, 30 de junio de 2006.

negociación colectiva, por la vía del convenio o por la vía de los acuerdos de empresa, por tanto, desde ámbitos descentralizados. A este respecto, y frente a quienes han venido entendiendo que tales prácticas son útiles económica y socialmente pero jurídicamente anómalas, al quebrar la literalidad de las previsiones legales, conviene recordar que el tenor literal de la ley es tan sólo uno de los criterios a tener en cuenta en los procesos interpretativos, pero ni el único ni tan siquiera el más importante, por lo que nunca podría ser, conforme a las exigencias de la interpretación comúnmente aceptadas –lectura sistemática, teleológica y axiológica en el contexto de la realidad en que han de ser aplicadas– un obstáculo serio para la introducción de prácticas convencionales de flexibilidad en la ordenación –distribución, duración– de la jornada ²⁷.

Sea cual sea la opinión que se sustente al respecto, lo cierto es que una reforma que vaya en la dirección de establecer un margen mayor de decisión a las partes, esto es, a empresario y representantes de los trabajadores, dentro de procedimientos dotados de una razonable transparencia y siempre con implicación de los actores colectivos, ha de tener efectos positivos para hacer de la flexibilidad interna el modelo ordinario de gestión de los procesos de reestructuración –incluso de tipo preventivo o de anticipación de las crisis–. Y en tal sentido, no ya sólo pragmático sino de racionalidad mayor social y económicamente, han de entenderse las referidas reformas tanto del ET como de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) para facilitar la reducción de jornada como alternativa a la vía de las extinciones con vista a gestionar situaciones difíciles, de incertidumbre y cambio, de las empresas.

Una primera novedad de relieve, a estos efectos, es la redefinición de lo que ha de entenderse por reducción de jornada.

Por tal se entiende aquella que suponga una disminución de entre un 10 y un 70% de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. De este modo, ahora se ponen unos límites que antes no existían, pues únicamente operaban en relación a la prestación por desempleo ex artículo 203 de la LGSS, que exigía, en la anterior redacción, una reducción de jornada como mínimo de una tercera parte para poder reconocer legalmente la situación de desempleo parcial. Precisamente, para intentar facilitar este tipo de acuerdos, y de nuevo en el marco del comentado enfoque de la flexiseguridad, que no es más que un eufemismo orientado a ocultar el traslado del coste de la flexibilidad desde las empresas a los trabajadores y a los poderes públicos, se reforma el concepto de protección por desempleo parcial del referido artículo 203 de la LGSS. Así:

- a) Será desempleo total también el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión de contrato o reducción de jornada autorizada administrativamente.

²⁷ Una detenida lectura de un significativo número de convenios colectivos firmados en la última década nos pondría de relieve esta extraordinaria capacidad de la negociación colectiva para avanzar, si bien es cierto que por lo general en el ámbito de unidades descentralizadas de negociación, en la flexibilidad de la ordenación del tiempo de trabajo. A menudo, estas cláusulas convencionales conceden un incremento muy sustancial del poder de dirección y organización empresarial, hasta dejar en una gran nebulosa los límites del mismo. Y en esos casos sí que es necesario introducir correcciones interpretativas que garanticen los derechos de los trabajadores y la seguridad jurídica. Ahora bien, cuando se realizan en el marco de procedimientos convencionales participados y con situaciones acreditadas de crisis, entiendo que la cobertura de tales prácticas es manifiesta. En contra, proponiendo la necesidad de una reforma como único modo de darles cobertura, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. «Instrumentos de gestión flexible del tiempo de trabajo en la negociación colectiva». *Relaciones Laborales*, 12/2010, pág. 62.

- b) Será desempleo parcial cuando el trabajador vea reducida su jornada en los términos del artículo 47 del ET, y siempre que, como es natural, se reduzca al mismo tiempo el salario en proporción a la disminución de la jornada.

Aunque en principio este cambio amplía la posibilidad de situarse en desempleo parcial –antes se precisaba un mínimo de 1/3 y ahora bastará con un 10%–, con la consiguiente cobertura por parte de los poderes públicos, es evidente que la fijación de un límite máximo puede ensombrecer algo la flexibilidad buscada. Es claro que en la fijación de límites mínimos y máximos está latente la preocupación por controlar, desde la perspectiva de Seguridad Social, estas situaciones, que era una inquietud del Ministerio de Trabajo. A mi juicio, el reducido límite mínimo y el elevado límite máximo hace que tengan cabida la mayor parte de las situaciones que puedan plantearse, de modo que no tengan cobertura por esta vía reducciones residuales, bien por defecto bien por exceso. En tales casos, es evidente que la empresa o bien tendrá que ajustar la reducción a las previsiones legales o bien buscar otras vías a través de acuerdos con la representación colectiva, con indicación al respecto en la resolución laboral.

Siendo limitada la reforma sustantiva, sin perjuicio de la amplia cobertura social, es evidente que el mayor interés de la reforma está en el ámbito de las medidas de incentivo económico. En consecuencia, se confirma que el centro está en los costes públicos. Así, como novedades orientadas a fomentar este tipo de reajustes alternativos a la mera ruptura de contratos de trabajo se contemplan dos. Ambas medidas están contenidas en la Ley 27/2009, por lo que implican, como antes se decía, una reforma también de esta legislación coyuntural de fomento de empleo.

La primera, implica un incremento de la bonificación de cuotas a la Seguridad Social por contingencias comunes para facilitar la gestión concertada de los procedimientos de crisis. Así aparece con el nuevo apartado 1 bis del artículo 1 de la Ley 27/2009, conforme al cual se incrementará de un 50 a un 80 por 100 el derecho a la bonificación de las cuotas empresariales cuando la empresa, *en los procedimientos de regulación de empleo concluidos con acuerdo*, incluya medidas orientadas a reducir los efectos de la regulación temporal²⁸. Entre estas medidas se cita expresamente las relativas a la formación durante el periodo de suspensión o de reducción de jornada, a fin de aumentar la polivalencia del trabajador o incrementar su empleabilidad –una idea clave en el referido «modelo alemán»–, o cualquier medida de este tipo alternativa o complementaria dirigida a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa.

Un aspecto de esta medida de incentivo que llama inmediatamente la atención es la relativa a la restricción del beneficio tan sólo al ERE acordado, pero no al ERE que resulte autorizado sin existencia de acuerdo previo. En consecuencia, se trata de una más que evidente medida de fomento de la implicación colectiva en la gestión de la crisis, y por tanto de promoción de un modelo de gestión participada de las situaciones de reorganización del trabajo. Pero ¿se trata de una diferencia objetiva

²⁸ Para fomentar el mantenimiento del empleo la Ley 27/2009 reguló la aplicación de bonificaciones de cuotas en los supuestos de ERTE, con una cantidad del 50 por 100 de las cuotas por contingencias comunes, durante un periodo máximo de 240 días, siempre que se den una serie de requisitos, básicamente el mantenimiento en el empleo a los trabajadores afectados durante al menos un año posterior a la finalización de la suspensión o reducción. La particularidad de esta bonificación es que es compatible con las del programa de fomento del empleo.

y razonable que legitima la exclusión de este beneficio para las empresas que, habiendo obtenido la autorización administrativa, incorporen esas mismas medidas de gestión flexible de tipo interno, pero no hallan obtenido el acuerdo colectivo?

En todo caso conviene tener en cuenta que si bien es cierto que las empresas que estén gestionando un ERE antes de entrar en vigor la reforma pueden ampliar dicha bonificación, el incremento del porcentaje de bonificación sólo podrá aplicarse para las cotizaciones devengadas con posterioridad al 18 de junio de 2010. La regulación del régimen de concurrencia de normas para las bonificaciones de este tipo está recogida en las disposiciones transitorias cuarta y quinta.

La segunda hace referencia a la reposición de la duración de la prestación por desempleo contributivo, mejorando la regulación ya prevista inicialmente. En este sentido, si después de la suspensión o reducción de jornada, se autoriza un ERE extintivo, se repondrá la duración de la prestación por desempleo con un máximo de 180 días, siempre que –art. 3.1 Ley 27/2009–:

- La resolución de suspensión o reducción de jornada se haya producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011.
- La extinción se produzca entre la fecha de entrada en vigor del real decreto-ley –18 de junio de 2010– y el 31 de diciembre de 2012.

3.5. Reformas en materia de políticas activas de empleo: revisión de las bonificaciones y apertura al mercado de la intermediación

3.5.1. Más del mismo modelo fallido: la política de bonificaciones

El tercer eje de actuación de la reforma se dirige a las políticas activas de empleo. En primer lugar, a las de fomento del empleo de los colectivos con más problemas de inserción sociolaboral. Entre ellos se destaca la situación de los jóvenes. No obstante, y pese al reconocimiento ya por todos de las limitaciones, e incluso los errores, del modelo tradicional de ordenación de estas políticas, la reforma va a incidir de nuevo en ellas. Para ello se dice:

- a) Mejorar la política de bonificaciones a la contratación indefinida.
- b) Incrementar las oportunidades de empleo de los jóvenes.**

Por lo que hace a la primera medida, paradójicamente, el Gobierno parte del fracaso significativo de esta política, pues su práctica generalización habría limitado «gravemente su eficiencia». Una sería constatación que considera aceptada comúnmente, como reflejarían las conclusiones de la Comisión de Trabajo e Inmigración del Congreso de los Diputados sobre esta materia. Pero sobre la base de este acertado diagnóstico se realiza una regulación que, pese a tenerse por más rigurosa, pre-

cisa y selectiva, deja en evidencia los fallos de la misma y la incapacidad del Gobierno de salir de esta inercia tradicionalista. Para las cuantías concretas debemos remitir al comentario hecho al analizar las novedades en esta modalidad de contrato.

Aquí conviene recordar que se establece un horizonte temporal para su aplicación, a cuyo término se exige la realización de una rigurosa evaluación de sus resultados, a fin de tener los indicadores más adecuados que permita una adecuada renovación de los dispositivos existentes. Sin duda, una asignatura pendiente en nuestro país ²⁹.

Por lo demás, se mantienen en su regulación actual las bonificaciones dirigidas a personas con discapacidad, constitución inicial de trabajadores autónomos, empresas de inserción, víctimas de violencia de género y, en particular, *las que tienen como finalidad mantener la situación de actividad de los trabajadores mayores de 59 años*. Precisamente, sobre estas últimas se sugiere una duda profunda en torno a la mejor ubicación de las mismas, pues tales bonificaciones parecerían incardinarse más en las políticas de Seguridad Social, por su finalidad, que en las políticas de empleo.

3.5.2. *Plan de fomento del empleo de los jóvenes: desnaturalización del contrato para la formación como contrato de inserción*

El mercado de trabajo español no sólo tiene un problema cuantitativo, la gran tasa de desempleo, sino cualitativo, el desigual reparto de ese paro, lo que pone de relieve que pese al principio de igualdad formal no todos tienen las mismas oportunidades y no todos pagan del mismo modo las consecuencias de la crisis. Entre quienes se encuentran más perjudicados están los jóvenes, cuya tasa de desempleo casi dobla la general. Por eso, este colectivo aparece como uno de los principales destinatarios de medidas de incentivo a su contratación, aunque sea más que dudosa su eficacia, pues no hay novedad alguna, sino que se siguen las mismas recetas de siempre.

Por lo tanto, no hay que ser practicante del oficio de adivino para concluir que difícilmente van a conseguir a hora corregir deficiencias estructurales. Habrá que seguir esperando a una reforma en serio de esta preocupante cuestión, como ya fue objeto de compromiso a través de la disposición final séptima de la Ley 27/2009, pero que sigue sin cumplirse. No obstante, alguna medida de la reforma sí resulta de gran relevancia, por tener carácter claramente protector, como la ampliación de la cobertura por desempleo.

En esta dirección:

1. Se introducen reformas en la regulación de los contratos para la formación.

Para el Gobierno se trata de «mejoras sustanciales». Pero realmente no se trata sino de nuevos retoques sobre una obsoleta e ineficaz regulación. Más de lo mismo.

²⁹ Para la evaluación de las medidas de política de empleo *vid.* disposición final cuarta del Real Decreto-Ley 10/2010.

En relación con el contrato en formación, los principales aspectos de novedad son:

- a) Se amplía el límite máximo de edad. Con carácter general, se mantiene la regla limitadora de estos contratos a personas que tengan una edad entre 16 y 21 años y que carezcan de titulación.

No obstante, se prevén ciertas excepciones. En primer lugar, para los desempleados alumnos trabajadores de escuelas taller y casas de oficios, que se sitúa en 24 años. En segundo lugar, quienes se beneficien de programas de talleres de empleo, o para las personas con discapacidad, que no tiene límite de edad. En tercer lugar, y aquí está la novedad en este punto de la reforma, se prevé que puedan celebrarse contratos con menores de 25 años, por tanto sin que sea de aplicación el límite de edad general, hasta el 31 de diciembre de 2011 –disp. trans. séptima RD-Ley 10/2010–. En consecuencia, una vez más se desnaturaliza este contrato, que deja de ser de formación para convertirse en contrato de inserción, pues es evidente que personas con 25 años no son ya «jóvenes» en este sentido.

- b) Acreditación de la cualificación.

En el apartado g) se da una nueva redacción, disponiendo que el trabajador podrá solicitar de la Administración Pública competente la expedición del certificado de profesionalidad, en los términos previstos por la Ley Orgánica 5/2002. Por su parte, se mantiene el deber del empleador de entregar, al finalizar el contrato, un certificado en el que conste la duración de la formación teórica y el nivel de formación práctica adquirida. En este ámbito, debe tenerse en cuenta que la reforma busca facilitar a la empresa la formación teórica comprometida en el contrato. Para ello, la financiación y la organización e impartición de la misma se regularán reglamentariamente.

- c) Retribuciones.

Durante el primer año, a falta de una regulación específica por el convenio colectivo de aplicación, será el SMI en proporción al tiempo efectivo de trabajo. Aquí no hay ningún cambio.

Sin embargo, y como novedad, a partir del segundo año –recuérdese que por convenio colectivo la duración máxima puede llegar a tres años, o cuatro para personas con discapacidad– será el SMI con independencia del tiempo de dedicación a la formación teórica.

- d) Acción protectora. Se mejora ostensiblemente.

Sin duda esta es una novedad importante de la reforma, en la medida en que ahora se incluyen todas las contingencias, también el desempleo –disp. adic. sexta LGSS, y nueva disp. adic. cuadragésimo novena LGSS, que establece la cotización por desempleo en el contrato para la formación y cuantía de la prestación–. Esta cobertura será igual para los contratos en programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo, a excepción del desempleo –disp. adic. tercera RD-Ley 10/2010–.

e) Bonificación completa de las cuotas de seguridad social.

Para que el referido incremento de protección no sea un elemento disuasorio de la contratación para el empresario, que tiene que cotizar ahora por esta contingencia, está prevista una bonificación del 100 por 100 de la cuota empresarial por contingencias comunes, así como de las profesionales, y las de desempleo y FOGASA, y formación profesional³⁰. Esto es un coste social «0» –art. 11 RD-Ley 10/2010–. Así, de nuevo se incentiva su utilización por los empresarios a través de una técnica tan usual como la bonificación total de las cuotas sociales, sea de la empresarial sea también de la que corresponde al trabajador³¹.

A este respecto se plantea una cuestión dudosa. Me refiero a la pertinencia de esta bonificación también en la situación de prórroga de estos contratos que, hechos con anterioridad a la entrada en vigor, se prorroguen después del 18 de junio. En principio la norma es clara e incluye las prórrogas en esta bonificación, conforme al apartado tercero del artículo 11.1 del Real Decreto-Ley 10/2010. El problema se suscita porque en su apartado 2 se exige que el contrato bonificado incremente la plantilla empresarial, en los términos previstos para el contrato indefinido en el artículo 10.4 del real decreto-ley, lo que en principio no sucedería con las prórrogas. Aunque dudoso, a mi juicio, procede la bonificación en tales casos, dado el contundente tenor literal del artículo 11.4.

f) Nuevo «brindis al sol» en materia de negociación colectiva de acciones positivas a favor del principio de paridad por razones de sexo-género.

Una vez más se aprovecha la reforma para dar un nuevo impulso al principio de paridad por razón de género, a través del enriquecimiento de las tareas propias de la negociación colectiva, pero con instrumentos tan diluidos o débiles que no servirán para lograr el objetivo marcado. Así, con la nueva redacción dada al artículo 11.3 del ET se prevé que:

«En la negociación colectiva se podrán fijar criterios y procedimientos tendentes a conseguir la paridad por razón de género en el número de trabajadores vinculados a la empresa mediante contratos formativos. Asimismo, podrán establecerse compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido.»

La previsión es tan loable como inútil. Primero porque es puramente potestativa y, en consecuencia, depende, como ya sucedía antes de la reforma, de que concurra la voluntad de ambos sujetos de la negociación. Segundo, porque no se aporta ningún dispositivo que incentive tal inclusión. De nuevo, pues, se introduce una «maniobra de despiste» o de «distracción» del sentido verdadero de la reforma, una nueva «cortina de humo», de modo que se identifique la reforma con contenidos también positivos o de clara mejora de los derechos de los trabajadores, cuando en realidad este tipo de previsiones, salvo la ya comentada respecto de la protección por desempleo, no aportan ninguna novedad.

³⁰ En materia de formación teórica en los contratos para la formación se prevé un procedimiento para la flexibilización y facilitación de ese deber a los empresarios, en especial en empresas de hasta 50 trabajadores. *Vid.* disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 10/2010.

³¹ Para los contratos para la formación con trabajadores con discapacidad *vid.* disposición transitoria novena del Real Decreto-Ley 10/2010.

2. Se introducen también determinadas modificaciones respecto del «contrato en prácticas» a fin de favorecer su utilización para un diverso colectivo de jóvenes.

En el ámbito del contrato en prácticas, que como es sabido busca romper ese círculo vicioso de la falta de contratación de jóvenes bien formados porque no tienen experiencia, que no pueden alcanzar porque no se les contrata, las novedades pueden articularse en tres apartados. La primera, y quizás más relevante, es la ampliación de los títulos que habilitan para realizar estos contratos, al aceptar ahora ese inmenso y descontrolado entramado que forman los «certificados de profesionalidad» que invaden a diario las páginas del BOE y que se vinculan al nuevo sistema forjado en la Ley Orgánica 5/2002 –art. 11.1 ET–. Esta ampliación de los títulos ha exigido una previsión específica en relación a la determinación del periodo de prueba para los titulares de los mismos. Así, para los certificados de profesionalidad de nivel 1 ó 2 el periodo máximo será de un mes, y para los de nivel 3, de dos meses –art. 11.1 d) LET–.

La segunda tiene que ver con la ampliación del plazo de concertación, esto es, el plazo dentro del cual es posible realizarlos, pues de los cuatro años anteriores ahora se pasa a cinco. Se mantiene en seis para el caso de las personas con discapacidad.

Finalmente, y respecto a la prohibición de contratar en sucesivas veces por esta misma modalidad, también se produce un endurecimiento de la regulación. En efecto, no se permite:

- Contratar en prácticas a ningún trabajador en la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años *en virtud de la misma titulación o certificado* de profesionalidad.
- Contratar en prácticas a un trabajador en la misma empresa –por tanto sí para otra distinta– y para el mismo puesto de trabajo –por tanto sí para otro puesto– por tiempo superior a dos años, *aunque se trate de distinto título* o certificado de profesionalidad. A estos efectos, se precisa que los títulos de grado y de máster de los estudios universitarios no se considerarán la misma titulación –art. 11.1 c) ET, por lo que una misma empresa –o Universidad– no podrá contratar en prácticas a un posgraduado para realizar el mismo puesto que desempeñó en prácticas como graduado.
- Contratar en prácticas con base en un certificado de profesionalidad obtenido a raíz de un contrato para la formación celebrado con la misma empresa.

3.5.3. *El reforzamiento del mercado de intermediación: apertura a las agencias privadas de empleo con ánimo de lucro*

También en el ámbito de las políticas de empleo, pero ahora en la relativa a la colocación, se incluye en el Capítulo IV un conjunto de medidas dirigidas a mejorar uno de los aspectos sobre los que también existe acuerdo o consenso relativo a su fracaso o deficiencia: **los mecanismos de intermediación laboral**. El fomento o la facilitación de las oportunidades de acceso a un empleo por parte de las personas desempleadas pasaría por mejorar su eficacia en el mercado de trabajo. Al igual que en el ámbito de otras políticas públicas, como por ejemplo la relativa a la contratación, se estima

necesario una **nueva apertura a la colaboración público-privada**. Un eje de la reforma que ya hemos visto tiene diversas manifestaciones.

En este caso se busca profundizar o ampliar la ya iniciada con la liberalización del mercado de la intermediación en 1994. Aunque el Gobierno, una vez más, acude a la declaración cautelar en torno a lo que no quiere hacer –probablemente evidenciando que lo tiene que hacer–, advirtiendo que va no sólo a «preservar la centralidad», sino a fortalecer los Servicios Públicos de Empleo –estatal y autonómicos–, es evidente que en el trasfondo hay una clara voluntad de desplazamiento de la función provisor de servicios de empleo por parte de la iniciativa pública a favor de la iniciativa privada.

Los Servicios Públicos de Empleo son imprescindibles, de momento, para gestionar las prestaciones por desempleo, pero la tozuda experiencia evidencia sus limitaciones para «acompañar» de modo efectivo y «promover los cambios» en el acceso a un nuevo empleo. Por más que el Gobierno se empeña en cada reforma con la «modernización» de los Servicios Públicos de Empleo, lo cierto es que ese compromiso choca una y otra vez con la cruda realidad de su sustancial ineficacia. Es este contexto, en el que ha de entenderse el que siga empeñado en mantener una medida de la que nadie da cuenta de su eficacia, por carecer de evaluación alguna pese a contar con diversos años de experimentación, y que todo hace presagiar que resulta un auténtico fiasco, como es el «Plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción profesional». Así lo prevé el artículo 13 del Real Decreto-Ley 10/2010, que autoriza al Gobierno, es decir, a sí mismo, a «una nueva prórroga, hasta el 31 de diciembre de 2012» –la anterior se aprobó el 30 de abril de 2009 para dos años, esto es, hasta el 2011, según la habilitación del RD-Ley 2/2009–, de dicho Plan, aprobado por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008, en el que se contemplaban un conjunto amplio de medidas para responder a la crisis en sus momentos iniciales y más virulentos, incluyendo el llamado «plan de recolocación de desempleados», con un coste de 201 millones de euros.

La medida que ahora se prorroga consiste en subvencionar la contratación, por parte de las Oficinas de los Servicios Públicos de Empleo, de 1.500 orientadores laborales. Estos trabajadores, integrantes de una red de atención personalizada y directa a parados y que prestan sus servicios en toda España, debían elaborar un itinerario personalizado para cada desempleado, con el diagnóstico de sus capacidades y posibilidades de encontrar trabajo, facilitarles formación, seguimiento o las acciones que requieran durante el periodo de búsqueda de empleo. También se ocuparían, al menos en teoría, de localizar las necesidades de empleo que tienen las empresas e identificar sus características para poder dirigir hacia ellas a las personas que precisen.

A la vista de la actual situación de creciente desempleo y de nulo incremento de la capacidad de recolocación de los servicios públicos parece más que evidente el fracaso de esta medida, que no facilita más colocación o empleo que para ellos mismos –aunque manteniéndose en una situación incierta por su temporalidad y por su provisionalidad permanente–, lo que en sí mismo igual no es desdeñable, pero es evidente que el Plan ha de aportar otros beneficios. La gestión de estos créditos se hará conforme al reparto territorial de los mismos ya previsto.

Pero, sin duda, mucho más interés reviste, en esta misma dirección de ampliar el espacio de lo privado, aún en el marco de la colaboración con lo público, la regulación por vez primera en nuestro

país de las llamadas «agencias privadas de colocación con ánimo de lucro», denominadas por otros «empresas de intermediación laboral», que buscaría bastante más que complementar la actividad propia de los servicios públicos para crear, o reforzar, un auténtico mercado de la intermediación. Así aparece previsto en el nuevo artículo 21 bis que se introduce en la Ley 56/2003 de Empleo (LE), en función del cual se contemplan dos modalidades básicas de actuación de estas Agencias, que siempre necesitarán una autorización –única y con validez en todo el territorio, apartado 2 de dicho precepto–:

- a) Como sujetos colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo.
- b) Como sujetos autónomos, si bien actuando de modo coordinado en todo caso con los Servicios Públicos de Empleo.

Aunque este aspecto es muy temido, no sin razón, por los sindicatos, dirigiendo las más duras críticas al respecto, lo cierto es que su regulación viene impuesta, cómo no, por los compromisos internacionales asumidos por España. Pero esta vez no procede de las consignas dadas por los famosos «mercados financieros», sino por la estructura internacional modelo en la búsqueda de una salida social a la crisis económica, nada menos que la OIT y su Convenio n.º 181. Siguiendo ese refrán de «dime de lo que presumes y te diré de lo que careces», el Gobierno insiste, casi «jura y perjura», que no desplaza ni un milímetro la centralidad de los Servicios Públicos de Empleo, por cuanto es obligatoria en todo caso «una autorización administrativa» para el desarrollo de su actividad y siempre actuarán como «entidades colaboradoras», a través de los típicos convenios de colaboración, así como en todo caso, «por su sometimiento al control e inspección» por parte de los Servicios Públicos de Empleo. La experiencia demuestra con creces las extraordinarias limitaciones, cuando no irrelevancia, de esos controles.

Una contrapartida de este reconocimiento del lucro empresarial –del negocio– en este sector es la atribución de una amplia gama de funciones, más allá de la típica de intermediación, a estas auténticas agencias de empleo, capaces de gestionar de este modo el ciclo completo del empleo, desde la información profesional hasta la intermediación, pasando por la selección de personal –art. 21 bis.1 in fine LE–. Precisamente, en este enfoque expansivo, la reforma ha aprovechado el momento para reconocer, que no regular, las «empresas de recolocación» –*outplacement*–, en la medida en que se considerará:

«intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación».

La reforma da carta de naturaleza a una práctica creciente en los últimos años, pues son cada vez más –las empresas del sector de la recolocación calculan que en torno al 20 por 100 de los trabajadores en procesos de despido colectivo– las personas despedidas que disponen de un programa específico de recolocación. La recolocación se ha convertido, pues, en un servicio de reinserción profesional organizado a través de la técnica de mercado, creando un pujante sector empresarial, que actúa tanto a través de contratos con empresas en reestructuración como con convenios firmados con

los Servicios Públicos de Empleo. Éste se basa por lo general en una actividad de aprendizaje sobre la utilización óptima de una red de contactos personales y en el dominio de las técnicas de búsqueda de empleo. Como auténticas empresas que son, sus servicios tienen un coste, que oscilaría, una vez más según informaciones de las principales organizaciones del sector, entre los 2.000 y 3.000 euros por candidato.

Una de las justificaciones más esgrimidas para avalar el funcionamiento de este nuevo tipo de empresas prestadoras de servicios de colocación, ahora en el marco de procesos de reestructuración y, por tanto, de pérdida de empleo, es la eficiencia de las mismas respecto a la provisión del servicio público. Y ello en un doble aspecto. De un lado, por reducir el tiempo de espera o de transición entre un empleo y otro. En este sentido, las empresas de recolocación aseguran que el tiempo promedio para que un candidato (o candidata) encuentre un empleo está entre las tres semanas y los seis meses, encontrándolo 1/3 de ellos en menos de 90 días. De otro, por contar con tasas más significativas de reinserción de quienes se benefician de estos programas que las acreditadas por los servicios públicos y por las agencias privadas de colocación. La financiación de estos servicios corre siempre a cargo de la empresa que los contrata y parece oscilar entre un 15 por 100 y un 20 por 100 entre una empresa consultora y otra del mismo sector, fijándose sobre la retribución bruta anual del candidato. A esa cantidad se le añaden gastos de logística –cesión del despacho, material informático, documentación, gastos de envío, etc.–³².

En suma, se trata de empresas que diseñan y ponen en práctica procesos de gestión de carrera, individual o de grupo, dirigidos a asegurar la recolocación de profesionales. Desde el primer momento el candidato o candidatas recibirían un servicio de acompañamiento personalizado por parte del consultor. En consecuencia, el proceso es similar al que supondría la elaboración de un plan individualizado –o colectivo– de inserción, a cargo de los servicios públicos. Con la reforma, pues, se admite como intermediación los procesos de recolocación previstos en el marco de la gestión de reestructuraciones de empresa, respondan o no a situaciones de crisis empresarial, que tengan origen tanto en un pacto individual como en otro de tipo colectivo. De este modo, la ley toma partida por la posición de un sector doctrinal en detrimento de la sostenida por otro, de modo que incluye como «intermediación laboral» una actividad que probablemente tenga mucho más de «reinserción profesional», por lo que se acoge un concepto muy amplio –y seguramente bastante más moderno y correcto– de intermediación.

Ahora estas empresas, que antes actuaban sin un marco jurídico preciso, tendrán que contar con autorización administrativa. En todo caso se garantiza la gratuidad del servicio prestado, no pudiendo exigir a los trabajadores ninguna contraprestación por tales servicios. A tal fin la reforma diferencia entre el funcionamiento de las agencias privadas como colaboradoras del servicio público, en cuyo caso la gratuidad debe ser tanto para los trabajadores como para los empleadores, pues es evidente que queda asumido por el servicio público –el servicio como tal sí cuesta, sólo que se

³² Suele tratarse de empresas que, como las «empresas multiservicio», forman parte de grupos empresariales en los que también se integran empresas de trabajo temporal (ETT). Es el caso, por ejemplo, de la empresa de recolocación Creade, que forma parte del grupo Adecco. En última instancia «todo queda en casa» –la intermediación, la interposición lícita, la orientación...–. Estas empresas cuentan con estructuras asociativas con cierta capacidad de influencia social, económica e incluso política. Así, por ejemplo la ANEPRE es la Asociación Nacional de Empresas Privadas de Recolocación y Empleo. Una extensa información sobre su funcionamiento, servicios y costes en <http://www.anepre.es/programas.html>. No deja de ser llamativo que, según estos datos, el 57 por 100 de las personas que encontraron empleo a través de una empresa de recolocación lo hicieron a través de «su red de contactos personales», por cuanto esto introduce un factor de informalidad extremo a mi juicio.

paga con el dinero público—, de su funcionamiento autónomo. En este caso, el servicio será gratuito sólo para los trabajadores, pero sí se puede facturar o cobrar a los empleadores —arts. 22.4 in fine LE—.

En suma, el negocio de buena parte de este creciente sector empresarial lejos de correr peligro se ve muy fortalecido, aunque se introduzca mayor transparencia con la exigencia de autorización en todos los casos.

En definitiva, pese a lo que nos quiere hacer creer, con poca convicción, el Gobierno, lo que se fortalece realmente es el mercado y no el servicio público que, a lo sumo, será el pagano de buena parte de estos servicios, como por lo demás ya hace en un buen número de situaciones hasta ahora consideradas «experimentales» y que no dudo que a partir de la reforma se convertirán en «normales» o generalizadas, por lo que habrá que evaluar su eficacia y eficiencia reales, únicos fundamentos de su legitimidad.

Esta nueva regulación de las agencias de empleo o de colocación, incorporando las que tienen ánimo de lucro, lleva a una doble reforma de coherencia reguladora en el ET y en la LGSS. Así, de un lado, se modificará el artículo 16.2 de la LET, eliminando la prohibición que contenía respecto de las agencias con ánimo de lucro. De otro, el artículo 231.1 de la LGSS, ampliando el conjunto de obligaciones que pesan sobre los demandantes de empleo que perciben prestaciones por desempleo a las actividades de búsqueda de empleo a desarrollar por las agencias.

En cualquier caso tampoco hay motivos de preocupación inmediata, pues una vez más el Gobierno ha preferido diferir el momento de la entrada en vigor efectiva de esta regulación, al condicionar su vigencia al desarrollo reglamentario —disp. final octava, apartado 2 en relación a la disp. final séptima, apartado 3—. Conforme a esta regulación el Gobierno cuenta con seis meses desde la entrada en vigor del real decreto-ley para elaborar, previa consulta con los agentes sociales, y también con las Comunidades Autónomas (CCAA), las agencias de colocación, hoy reguladas en el Real Decreto 735/1995 —que en algunas CCAA está, sorprendentemente, suspendido de vigencia, como es el caso de Andalucía, que no autoriza Agencias de Colocación aún sin ánimo de lucro—. Éstas, a su vez, cuentan con otros seis meses desde que entre en vigor la norma reglamentaria para adaptarse a la nueva regulación. Confiemos —o no— en que esta remisión no termine «ad calendas graecas», como ha sucedido con el desarrollo reglamentario de la Ley de Empleo, que lleva más de siete años durmiendo el sueño de los justos.

En esta materia también se realizan algunas modificaciones orientadas a reforzar algunos principios básicos informadores y conformadores de la actividad intermediaria. Así sucede por ejemplo con el principio de igualdad de oportunidades.

En este sentido, se introduce en la LE un nuevo artículo, el artículo 22 bis, para reforzar la prohibición de discriminación en el acceso al empleo por razón de sexo ³³. En coherencia, se modi-

³³ El precepto concreta o precisa el mandato de velar de modo específico para evitar las discriminaciones en el acceso al empleo con carácter general —apartado 1—, y en particular las relativas al sexo, considerando de modo expreso como discriminatorias tanto las ofertas referidas a uno de los sexos, «salvo que se trate de un requisito profesional esencial y

fica también la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) para tipificar como infracción muy grave tales situaciones –nuevo art. 16.2 LISOS–. Realmente no se trata más que de recoger en la Ley la posición del TCO y del TJCE en esta materia, que tiene su origen en el Derecho Antidiscriminatorio comunitario, y que no aporta novedad sustancial alguna respecto de lo que ya estaba en vigor a partir de la Ley Orgánica 3/2007.

Una vez más estamos en ese enfoque de «cortina de humo» buscada de manera deliberada por el Gobierno, que está muy interesado en desviar la atención de la opinión pública, de modo que no pase su reforma impuesta sólo como un producto de flexibilización –y recortes– sino también de refuerzo de tutelas. Esta idea aparece recurrente a lo largo de todo el texto, como por ejemplo, y según vamos a ver de inmediato, con la introducción de un apartado nuevo, el tercero, al artículo 16 del ET comentado, según el cual la actividad de cesión temporal de trabajadores a otras empresas sólo se realizará por ETT. Previsión perfectamente inútil, por cuanto sólo reproduce casi literalmente lo que ya está recogido en el artículo 43.1 del ET.

3.5.4. *«Al rescate» de las empresas de trabajo temporal: una reforma más liberalizadora que tuteladora*

En efecto, finalmente, y aunque jurídicamente no se trata de intermediación, el Gobierno ha aprovechado la reforma para introducir varias modificaciones en la legislación sobre ETT. A tal fin se dedica el artículo 13 del real decreto ley, que modifica diversos preceptos de la Ley 14/1994, reguladora de las ETT (LETT). Con ello se pretende «oficialmente» la incorporación a nuestro Derecho de otro compromiso internacional, ahora comunitario, formalizado en la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Sin embargo, cuando se analiza con detenimiento el contenido de las reformas en este punto es evidente que se esconde bastante más que ese aparentemente neutral y equilibrado objetivo.

La razón es que la inclusión de ciertas modificaciones referidas al principio de igualdad de trato entre los trabajadores cedidos por las ETT, así como a la mejora de aspectos de seguridad en el trabajo, no puede tampoco distraernos en este punto del principal objetivo perseguido: ampliar su cuota de mercado de trabajo a través de la eliminación de buena parte de las restricciones existentes, legal y convencionalmente. Para entender bien esta afirmación, que en principio pudiera sorprender ante el fin que dejan trasparecer ciertos cambios aparentemente tuitivos, es necesario recordar el contexto en que esta reforma se inserta y que se vincula al estancamiento que habría sufrido este sector empresarial por diversas intervenciones legislativas protectoras –la ampliación del principio de equiparación salarial en la Ley 29/1999, de reforma de la Ley 14/1994, el desarrollo en vía reglamentaria de las prohibiciones del artículo 8 b) de la Ley 14/1994, a través del Real Decreto 216/1999, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el ámbito de las ETT–, y la paralela ampliación de la actividad de otro sector, el de las «empresas multiservicio», cuya actuación a través de la cobertura del más que permisivo artículo 42 del ET estarían originando una fuerte competencia desleal

determinante de la actividad a desarrollar», cuanto la referida a uno solo de los sexos basada en exigencias de puestos de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico –apartado 2–.

para las ETT, aunque a menudo formen parte del mismo grupo empresarial. Una vez más, a mi juicio, una intervención inicialmente garantista asume como principal la finalidad de la mejora de la posición competitiva de un sector de empresas en su mercado, en este caso, de las ETT, como ya tuve oportunidad de argumentar hace una década ³⁴.

En efecto, en principio el objetivo de la reforma es mejorar el principio de igualdad de trato. De ahí que se modifique el artículo 11.1 de la LETT para fijar esa igualdad no ya en relación al salario, sino respecto de todas las «condiciones esenciales de trabajo y empleo» de que disfruten los trabajadores directamente contratados por las usuarias. Dado que ese término es indeterminado, la norma concreta su contenido, de modo que por tales se entenderán «las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los periodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos» –copia literal del art. 3 de la Directiva–. Como puede verse, el concepto es bastante restrictivo, sin que se compense con la ampliación del derecho a usar determinados beneficios sociales y servicios comunes –nueva redacción del art. 17.2 LETT–, o de los derechos de información sobre vacantes –nuevo apartado 3 del art. 17 LETT–. Además, una comparación de este texto con los artículos 33.2 a 41 del V Convenio Colectivo Estatal de las ETT evidencia que, por enésima vez, no estamos ante una novedad jurídica, sino tan sólo legal, esto es, sólo se ha producido la traslación de regulaciones presentes en otras fuentes.

Desde esta perspectiva, tampoco la ampliación del concepto de remuneración ex artículo 11 de la Ley 14/1994 aporta novedades de realce, en la medida en que viene a coincidir con la previsión del artículo 32 del Convenio, o con la lectura amplia que hace de esta materia el TS. A estos efectos, sabido es que las SSTS, 4.^a, 7 de febrero de 2007 y 22 de enero de 2009, han ampliado los ámbitos de referencia también a las condiciones más beneficiosas de carácter colectivo del empresario, aunque sean unilaterales, por lo que desborda la negociación colectiva, sea estatutaria o extra-estatutaria.

Tampoco puede sorprender en modo alguno que se incorpore en el último párrafo del artículo 11.1, trasponiendo lo previsto en el artículo 5 de la directiva, una medida orientada a garantizar la prohibición de discriminación. Se trata de extender a los trabajadores cedidos la misma protección que los trabajadores de las empresas usuarias en materia de protección de la maternidad y lactancia, así como de los menores y en general las disposiciones en materia de igualdad de trato y prohibición de discriminación por los distintos motivos contemplados constitucionalmente y en la normativa comunitaria –sexo, raza, religión...–. El ámbito de protección es global, por lo que afecta a la normativa preventiva, laboral y de Seguridad Social. Sin infravalorar esta regulación, entiendo que no aporta novedad, pues es una concreción del Derecho Comunitario, en línea con lo afirmado por el TJCE, y ya recogido, al menos en razón a la paridad de sexos, en el propio Convenio Colectivo –disp. adic. primera–.

Otras ampliaciones del principio de equiparación, ya afirmado en la jurisprudencia, no son sino continuidad de previsiones ya existentes. Es el caso de la nueva redacción dada al apartado 2 del artículo 17 de la Ley 14/1994, que amplía el derecho a utilizar ciertos servicios colectivos a las actividades de comedor, guardería y otros de esta guisa, en línea con lo que ya se preveía para el servicio de transportes e instalaciones colectivas en la empresa usuaria. Una exigencia que aparece en

³⁴ Para este enfoque me permito remitir a mi estudio *Nuevas reglas de competencia en el mercado de las empresas de trabajo temporal*. Universidad de Jaén-Caja Sur. Jaén. 2000.

el artículo 6.3 Directiva. Pero ya había sido recogida también en el artículo 14.2 del V Convenio Colectivo Estatal, por lo que de nuevo se da fuerza legal a una regulación que ya tenía fuerza vinculante, aunque colectiva.

En esta misma lógica pueden incluirse las novedades orientadas a incrementar los deberes de los empresarios clientes, tanto en relación a la garantía de información sobre plazas vacantes en sus empresas –art. 17.3 Ley 14/1994, y art. 6.1 de la directiva–, cuyo incumplimiento es una infracción grave ex artículo 19.2 c) de la LISOS –que se reforma–, cuanto en el refuerzo de su responsabilidad subsidiaria al ampliarla a las indemnizaciones por extinción del contrato. También aquí se sigue una línea ya abierta por la jurisprudencia –*STS, 4.ª, 15 de enero de 2009*, que reitera otras muchas–.

En mi opinión, el principal objetivo de la reforma, de signo liberalizador para las ETT, comienza a vislumbrarse con claridad en la reforma del artículo 8 b) de la LETT, cuya razón de ser no es sino la de ampliar los sectores de actividad donde pueden actuar las ETT. Como se sabe, este precepto refiere a las exclusiones o prohibiciones para realizar contratos de puesta a disposición, en especial por tratar-se de trabajos de especial peligrosidad. En ella se introducen dos modificaciones. Una hace referencia a la terminología empleada, sustituyendo la expresión «actividades y trabajos», por la de «trabajos y ocupaciones», lo que evidencia que se quiere impedir que pueda prohibirse la actuación de las ETT en enteros sectores de actividad –como ocurría antes en relación al sector de la construcción, por ejemplo, incluso por lecturas judiciales rígidas (*STS, 4.ª, 2 de octubre de 2008*)–. La otra, respecto de la técnica de regulación, pues si antes se remitía al desarrollo reglamentario –art. 8 RD 216/1999–, ahora se hace a través de la remisión a una ley, en concreto, a la disposición adicional segunda de la Ley 14/2004, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 10/2010. En consecuencia, debe entenderse derogado el artículo 8 del Real Decreto 216/1999, aunque no se diga expresamente, en lo que resulte incompatible con la norma legal, que por otro lado ha procedido a la actualización de la norma reglamentaria.

En esta disposición legal se lleva a cabo una regulación que fija supuestos para los que se mantiene la prohibición de actuar a las ETT, pero que abre la opción para su actividad en otros muchos, antes prohibidos. Es cierto que la norma legal ahora remite a la negociación colectiva para introducir nuevas prohibiciones al respecto. Ahora bien, en este último caso se envuelve de tales requerimientos la acción convencional, tanto temporales –antes del 31 de diciembre de 2010– como causales– debe llevar un informe razonado de las limitaciones–, que lo hace impracticable en el periodo fijado y en esos términos ³⁵.

En este contexto, la verdadera razón de ser de esta regulación queda clara con la incorporación de una nueva disposición adicional cuarta en la Ley 14/1994, que contiene un levantamiento general de las prohibiciones a las ETT. El propio Real Decreto Ley reconoce con nitidez que «la adaptación a la legislación comunitaria obliga a revisar las restricciones que se aplican a las empresas de trabajo temporal».

³⁵ Así, fija también requisitos complementarios para que las ETT puedan realizar contratos de puesta a disposición de trabajadores en estos sectores, mediante el refuerzo de las exigencias en materia de prevención de riesgos laborales y de formación preventiva de los trabajadores. Incluso se refuerza las sanciones por incumplimiento –art. 18.3 b) LISOS–. Incluso se da un mandato al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo para que evalúe la siniestralidad de los trabajadores cedidos por las ETT –disp. final sexta RD-Ley 10/2010–.

De nuevo en el alambre y buscando hacer «encaje de bolillos», de modo que las críticas y sospechas levantadas por el real decreto-ley no se vayan más allá de lo controlable, el Gobierno trata de justificarse recordando que, para llevar esta medida, «se reserva un período para que la negociación colectiva». Pero ya se han visto los límites a esa previsión. Lo que tiene fuerza inmediata es la regla que deroga las restricciones –tanto legales (por ejemplo en el ámbito de las Administraciones Públicas, que se recoge en la disp. adic. quinta de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público), como en los convenios colectivos–. Conforme a esa previsión:

«A partir del 1 de enero de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, con la única excepción de lo establecido en la disposición adicional segunda de esta ley. A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos.»

En suma, largo se fia estas nuevas prohibiciones. El Gobierno se empeña en insistir sobre la dimensión de tutela de esta reforma. Pero la realidad es que se relanza la política orientada a evitar restricciones para el funcionamiento de estas polémicas formas de empresa por su capacidad de crear más empleo, aunque sea temporal. En todo caso, y para evitar incurrir en el laberinto de contradicciones hipócritas en el que nos encontramos, se trata de una posición más ajustada que el dejar que sigan expuestas a la «competencia desleal» de otras empresas que también están actuando en este mercado y de momento en un cierto limbo jurídico, aprovechándose de la vaguedad reguladora del artículo 41 del ET, como son las empresas multiservicios y pese al compromiso de regulación de las mismas adquirido en la Ley 27/2009. Pero esto deberá ser ya otra historia.

3.6. Última «maniobra de distracción» sobre el sentido de la reforma: de nuevo pobres medidas de promoción de la igualdad de sexos

Como burda «maniobra de distracción» me parecen igualmente las menciones que se hacen a ciertas medidas para reforzar la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Así aparece en la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 10/2010, que introduce dos reformas en el ET, a sumar a las ya comentadas en relación a las materias de contratos para la formación y principios de intermediación.

De un lado, respecto de los cursos de formación y adaptación de la jornada, regulados en el artículo 23.2 del ET, se establece el deber de la negociación colectiva de garantizar criterios no discriminatorios. A este respecto, el mandato no puede ser, otro, más inútil. La negociación colectiva ya está obligada a establecer criterios que no sean discriminatorios, ni de tipo directo ni indirecto, en atención a los diferentes sexos, sin que esta previsión legal añada nada nuevo, ni tan siquiera un incentivo para que fije regulaciones específicas a tal fin.

De otro, modifica la letra d) del artículo 52 del ET, relativo al despido objetivo por absentismo laboral para excluir del cómputo las faltas de asistencia que se deban a la paternidad. Pero también

es fácilmente evidenciable que se trata de una reforma de coherencia con el reconocimiento de esta situación protegida, cuya efectividad estaba integrada en nuestro ordenamiento desde su regulación aunque no apareciese de un modo expreso.

4. VALORACIÓN GLOBAL DE LA REFORMA: ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA Y DE POLÍTICA JURÍDICO-LABORAL

La valoración de esta nueva reforma laboral –que lo es más de su regulación que del mercado de trabajo mismo– exige al menos tres grupos de reflexiones. En primer lugar, en relación a la técnica legislativa. De nuevo se acude al real decreto-ley para llevarla a cabo, ahora bajo la cobertura, también cada vez más recurrente, del inicio de una paralela tramitación parlamentaria como Ley. Al margen de la crítica general que merece este abuso del real decreto-ley es manifiesto que en este caso de nuevo el propio autor del mismo se contradice y queda en evidencia en torno a la inadecuación de la vía seguida, pese a la aparente cobertura que le da el que nos encontremos ante situaciones de crisis. De un lado, todos reconocen, incluido el Gobierno, que no servirá para crear empleo. De otro, se lleva años debatiendo sobre la misma. Finalmente, algunas de las medidas quedan diferidas varios años para su entrada en vigor de modo efectivo. A mi juicio, un análisis detenido del contenido de esta norma nos lleva a concluir que difícilmente pasaría el test de constitucionalidad de la STCO 68/2007. En suma, no puede confundirse el deseo de inmediatez con la urgencia, como hace esta norma, y es claro, como dice esta STCO que «la realidad misma sobre la que actúan las disposiciones reguladoras del mercado de trabajo exige una acción de permanente adaptación a la evolución de las circunstancias que la conforman». Pero para eso se precisa el momento reflexivo de la ley, más si se aspira a un nuevo modelo productivo, no a reformas parciales, provisionales y de urgencia.

En segundo lugar, por lo que hace a los objetivos o fines macro-económicos perseguidos, esto es, las finalidades buscadas, es también más que evidente que la reforma no está en condiciones de conseguirlo. Ni puede crear empleo por sí misma, y dudo que evitar que se siga destruyendo más cuando varíen las circunstancias estacionales que ahora concurren y que inciden significativamente en una cierta retoma de la senda del incremento del empleo, ni es evidente que puede mejorar la productividad. No contiene ni una sola medida en esta dirección. Por lo que no se puede sino concluir en el carácter de «milonga», de buena música pero confusa letra, de estas previsiones.

Finalmente, y por lo que hace al modo de realizarlas, esto es, la forma de atender a esos objetivos y su incidencia de política jurídica en el mercado de trabajo entendemos que es necesario desvelar los auténticos procesos que motivan esta reforma que, como el resto, se articulan en torno a dos ejes clave:

- a) Una nueva redistribución de los costes de la crisis a favor de la empresa y en detrimento del trabajador, sin perjuicio de procurar que esa redistribución «a la inversa» no grave mucho ni sobre el trabajador ni sobre el erario público. Pero, en todo caso, son estos los verdaderos paganos de la crisis y también de esa fórmula mágica –yo seguiría con la imagen de «milonga»– que ahora es la llamada «flexiseguridad» y que no hace sino ocultar esta transferencia

de costes desde el empresario –que teóricamente asumía el riesgo según el ideario de la economía liberal de mercado– hacia la sociedad.

- b) Una diversa atribución del poder regulador, que es la otra clave de la reforma, de toda reforma. A estos efectos, se ha ido suavizando progresivamente el intento de reducir el control externo y colectivo a favor de un mayor poder empresarial, o si acaso a través de la función mediadora en detrimento de la negociación colectiva, si bien es evidente que esta línea está presente. Como se ha buscado desplazar el papel del control judicial, de modo que éste ya no sustituya la decisión empresarial, sino que tan sólo evite la arbitrariedad.

A este respecto, no dudo que en la mente del Gobierno ha latido una idea muy presente en ciertos economistas desde antiguo: el empresario busca sin duda con ahínco el beneficio, pero sin duda persigue también, incluso con más fuerza, el poder. Por eso, esta reforma no es tan sólo una más, con un contenido que, como he puesto de relieve, ciertamente no merecería una huelga general. Pero el trasfondo es otro.

A mi juicio, en el fondo de esta reforma, que no hace sino seguir el camino, aunque más diluadamente, de la «técnica de la tijera» tan alegremente usada en este último año, late la lucha por el modelo constitucional de sociedad con el que nos dotamos, esto es, la lucha por el Estado Social de Derecho. El ideario liberal, ahora en forma de recetarios pretendidamente autorizados por el poder de quienes los difunden, tanto en Europa como en el resto del mundo –UE, FMI–, amenaza ese modelo. No responden sino a la ansiedad por mantener tanto el poder como unos beneficios extraordinarios por eso que se llama «mercados financieros» y que realmente no son sino «poderes financieros», perfectamente visibles y conocidos. De ahí el sentido de la movilización europea del 29 de septiembre de 2010. Frente a quienes deslegitiman la huelga general por inútil, y sin perjuicio de lo ya comentado sobre la debilidad del argumento que la vincula al carácter involutivo de la reforma laboral, es necesario evidenciar su pleno sentido.

Nadie nos regaló el Estado Social de Derecho, que a la acumulación capitalista agregó la preocupación por el Bienestar de la mayoría, y por tanto como conquista que es, no como concesión, precisa siempre, al menos periódicamente, de reactivación. En suma, renunciar a movilizarse es renunciar a nuestros derechos y eso sí que sería una crisis. Porque la «única crisis amenazadora» es la «tragedia de no querer luchar por superarla» (EINSTEIN). En suma, la verdadera crisis es la «crisis de la incompetencia» y, para nuestro lamento, en España y en el resto de la UE –y del mundo, por lo que incluyo al que parece mítico presidente OBAMA–, los hay «a mansalva» o «a canales».

No es posible pensar ni que los mercados tienen las respuestas para resolver todos los problemas, mucho menos los financieros, que no tienen más lógica que la del beneficio asentado sobre la especulación y la codicia, para nada preocupada por lo que pase realmente en la «economía productiva» –es más pingüe el negocio de especular que invertir en desarrollo–, ni tampoco los Gobiernos pueden solucionarlo³⁶. No puede haber reforma creíble ni útil al margen de la equidad y la eficiencia, de modo que tenga beneficios razonables para todos –bienestar difundido socialmente– y con

³⁶ Vid. STIGLITZ, J. *El papel económico del Estado*. Instituto de Cooperación Iberoamericana. 1989.

costes por todos asumibles. De ahí lo inexorable de una reforma coherente y global sobre las ideas de modernidad, eficiencia y transparencia, con un reparto justo de beneficios-costes y poderes-derechos, ya se haga negociadamente, como debería ser, ya a través de una ley legítimamente reflexionada y elaborada en el Parlamento.

La reforma actual, además de ser propia de una decisión a la desesperada, es impuesta por el poder financiero, ni tan siquiera por el poder económico racional. De nuevo el FMI dicta sus órdenes. Pero en opinión del premio Nobel de economía J. STIGLITZ el FMI ha derivado desde los principios típicos de una economía de bienestar para todos los países, fomentando políticas de pleno empleo en los Estados en vías de desarrollo, hacia un auténtico «fundamentalismo del mercado» volviendo al pensamiento de Adam SMITH y su *Mano Invisible*, en un claro giro ideológico: es el Estado el que funciona mal y es el mercado –sobre todo el bancario– el que funciona bien. Desde este punto de vista, la regulación *natural* del mercado no sólo alcanza al mercado de bienes, sino, más especialmente, al mercado del dinero. De este modo, el modelo central en la política económica impulsada por el FMI se vincula al libre funcionamiento de los mercados financieros, haciendo prevalecer la economía financiera sobre la economía real ³⁷.

No obstante, siempre existe espacio para la política y, por lo tanto, para la decisión social. Así, como acaba de reconocerse en la última reunión de ese selecto, y en gran medida inútil, club que es el G-20, la necesidad de acción concertada o coordinada no puede impedir que haya políticas diferenciadas en atención a las circunstancias y condiciones de cada nación. En la opción entre políticas de consolidación fiscal, a través de duros ajustes presupuestarios, sobre todo respecto del gasto social, y políticas de crecimiento económico, a través de medidas de estímulo, la decisión nunca puede ser, ni social ni económicamente, la que perjudique las oportunidades de empleo de un país. Eso sí es una grave irracionalidad.

Terminamos con unas palabras pronunciadas hace mucho tiempo pero que creo tienen una gran actualidad, más dichas por un conservador, pero razonable y serio:

«La eliminación de la miseria y la indigencia no puede ser forzada en una democracia, ni puede serle dada. Ha de ser ganada por ella. Para ganarla necesita coraje y un sentido de unidad: coraje para enfrentarse a los hechos y a las dificultades y superarlas; fe en nuestro futuro y en los ideales de juego limpio (*fair-play*) y la libertad por las que, siglo tras siglo, nuestros antepasados estuvieron dispuestos a morir: un sentido de unidad que se sobreponga a los intereses de cualquier clase o sector» ³⁸.

³⁷ STIGLITZ, Joseph E. *El malestar en la globalización*. Traducción de Carlos Rodríguez Braun. Madrid: Taurus, 2002.

³⁸ BEVERIDGE, L. *Seguro Social y servicios afines*. Informe de Lord Beveridge I (1942). MTSS. Madrid. 1989, págs. 288-289.