

LAS REFORMAS LABORALES DEL 2010

Josep Moreno Gené
Ascensió Solé Puig
(Coordinadores)

Carlos L. Alfonso Mellado
Consuelo Chacartegui Jávega
Juan Ignacio Marín Arce
María de Mar Mirón Hernández
Pilar Rivas Vallejo
Juan Antonio Linares Polaino
Xavier Solà Monells
Fernando Salinas Molina
Gloria Poyatos Matas
Manuel Ramón Alarcón Caracuel
Alberto Pastor Martínez
Fernando de Vicente Pachés

ÍNDICE

Prólogo.....	
El contexto socio-económico y el alcance de la reforma laboral. Carlos L. Alfonso Mellado.....	
La reforma laboral de 2010 en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal: un paso más en la retirada de lo público. Consuelo Chacartegui Jávega.....	
La reforma laboral: medidas de fomento del empleo para jóvenes y desempleados. Juan Ignacio Marín Arce.....	
El endurecimiento de la contratación temporal. M ^a del Mar Mirón Hernández...	
El fomento inestable de la contratación laboral estable. Pilar Rivas Vallejo.....	
La movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y las cláusulas de inaplicación salarial. Juan Antonio Linares Polaino....	
La suspensión del contrato y la reducción de la jornada de trabajo tras la reforma laboral de 2010 y el nuevo reglamento de procedimientos de regulación de empleo. Xavier Solà Monells.....	
La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La reformulación de las causas de extinción contractual. Fernando Salinas Molina.....	
Procedimiento, calificación y nuevos efectos de la extinción objetiva del art. 52 c) del ET, tras el destierro de la nulidad por defectos formales. Gloria Poyatos Matas.....	
La reforma de la pensión de jubilación de 2011. Rasgos generales y reflexión crítica. Manuel Ramón Alarcón Caracuel.....	
Aproximación al nuevo marco jurídico del descuelgue salarial. De las cláusulas a los acuerdos de inaplicación salarial. Alberto Pastor Martínez.....	
Intermediación laboral y agencias de colocación. Fernando de Vicente Pachés...	

Prólogo

Una vez más la Associació Catalana de Iuslaboralistes ha acudido puntualmente a su cita anual para impulsar la celebración de una nueva edición, y ya son XXII, de las Jornadas Catalanas de Derecho Social. Para la coorganización de esta nueva edición de las Jornadas Catalanas de Derecho Social la Associació Catalana de Iuslaboralistes acudió al Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultat de Dret i Economia de la Universitat de Lleida, poniendo de manifiesto un vez más que dicha asociación, así como las Jornadas Catalanas de Derecho Social que la misma anualmente promueve, constituyen un referente esencial para el conjunto del iuslaboralismo y, en particular, para los estudiosos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en las diferentes universidades catalanas. Asimismo, una edición más las Jornadas Catalanas de Derecho Social han contado con la inestimable e indispensable colaboración del Consejo General del Poder Judicial, colaboración que una vez más ha sido muy enriquecedora para el desarrollo de las jornadas.

El libro que se presenta recoge precisamente las ponencias y las comunicaciones premiadas que se expusieron en el marco de las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social que con el título de “Las reformas laborales del 2010” se celebraron en la Facultat de Dret i Economia de la Universitat de Lleida, los días 10 y 11 de marzo de 2011 y cuya autoría corresponde a un selecto elenco de profesionales pertenecientes a los diferentes ámbitos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, es decir, al mundo universitario, a la carrera judicial, a la abogacía y a la inspección de trabajo, lo cual ha permitido obtener una visión completa y multidisciplinar de la temática objeto de las jornadas.

La elección de la temática de las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social y, en consecuencia, del libro que ahora se presenta, es decir, “Las reformas laborales del 2010”, no requiere de mayores explicaciones, no en vano, una reforma laboral de la extensión y de la intensidad como la acaecida durante el año 2010 hace del todo imprescindible la celebración de foros y encuentros de estudiosos y profesionales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en los que se pueda llevar a cabo, con cierto sosiego y serenidad, una reflexión sobre el contenido y el alcance de dicha reforma. En este punto, la aprobación primero del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y después de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, iniciaron un camino de reformas, por el que en la actualidad aún estamos transitando de un modo frenético, que está alcanzando a todos y cada uno de los ámbitos que conforman nuestra disciplina jurídica, a saber, las relaciones individuales y colectivas de trabajo, la Seguridad Social y la jurisdicción social.

En este contexto de cambio normativo, las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social se dedicaron fundamentalmente al análisis exhaustivo de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, para lo cual se procedió a desgranar de un modo minucioso todos y cada uno de los aspectos en los que ha incidido la reforma laboral emprendida inicialmente por esta norma y desarrollada por otras normas posteriores. Ahora bien, con carácter previo al estudio pormenorizado de la Ley 35/2010 se consideró oportuno proceder al análisis del contexto socio-económico en el que se desarrolló la reforma laboral del 2010, no en

vano, una reforma que se justificó en la grave crisis económica iniciada tras el “crack” financiero y económico del año 2008, y en la que aún hoy nos encontramos, hacía imprescindible un análisis de sus causas y de su alcance, so pena de cometer el error de dar por ciertas, sin cuestionarlas, determinadas afirmaciones, en ocasiones interesadas, procedentes del mundo económico, en la actualidad representado por los siempre difusos mercados. Esta labor fue encomendada y resuelta de un modo magistral por el profesor Carlos L. Alfonso Mellado que dictó la ponencia inaugural de las jornadas bajo el título de “El contexto socio-económico y el alcance de la reforma laboral”.

Una vez expuesto el contexto económico y social en el que irrumpe la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, el análisis de dicha norma a lo largo de las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social se llevó a cabo a través de diferentes sesiones en las que se procedió a analizar las diversas medidas adoptadas por la norma. En este sentido, un primer bloque temático de las jornadas se dedicó a las “reformas en materia de políticas activas de ocupación”, para lo cual se encomendó una primera ponencia a la profesora Consuelo Chacartegui Jávega relativa a la “intermediación laboral” y una segunda ponencia al inspector de trabajo y Seguridad Social Juan Ignacio Marín Arce, relativa a las “medidas de fomento de la ocupación de jóvenes y personas desocupadas”.

El segundo bloque temático de las Jornadas se dedicó al análisis de las “medidas para reducir la dualidad y la temporalidad del mercado de trabajo” adoptadas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, diseñándose a tal efecto dos sesiones distintas, una dedicada al análisis del “endurecimiento de la contratación temporal”, a cargo de la magistrada María del Mar Mirón Hernández, y otra, centrada en el estudio del “fomento de la contratación indefinida”, impartida por la profesora Pilar Rivas Vallejo.

El tercer bloque temático de las Jornadas se centró en el estudio de las “medidas de flexibilidad interna en la empresa” introducidas también por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, distinguiéndose a efectos expositivos entre una primera sesión dedicada al estudio de la “movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y las cláusulas de inaplicación salarial”, cuya exposición correspondió al letrado Juan Antonio Linares Polaino, y una segunda sesión dirigida al análisis de “la suspensión del contrato y la reducción de la jornada de trabajo”, que corrió a cargo del profesor Xavier Solà Monells.

El cuarto bloque temático de las Jornadas se dedicó específicamente a la incidencia de la reforma laboral del 2010 en “la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas”, para lo cual se diseñó una sesión dedicada a “la reformulación de las causas de la extinción del contrato”, que fue impartida por el magistrado Fernando Salinas Molina y otra sesión dirigida a los cambios introducidos en “el procedimiento, la calificación y los efectos de la extinción del contrato”, que corrió a cargo de la magistrada Gloria Poyatos Matas.

La última ponencia de las jornadas, a modo de conferencia magistral de clausura, fue dictada por el Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel y versó sobre “la reforma de la pensión de jubilación”, reforma que si bien en el momento de la celebración de las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social se trataba de un simple

proyecto, con posterioridad ha visto la luz mediante la aprobación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Si bien, el estudio de la reforma de la pensión de jubilación se apartaba de la temática central de las jornadas, dada la trascendencia de esta materia se consideró necesario incorporarla con la voluntad de generar un espacio de reflexión sobre la reforma de la pensión de jubilación que pudiera aportar algunas luces sobre esta materia y influir en el debate existente sobre la misma.

No corresponde en esta introducción abordar más detenidamente las cuestiones ahora meramente citadas ni tampoco posicionarse sobre las distintas controversias que surgieron en las exposiciones y debates de las jornadas, ya que en las siguientes páginas los autores se enfrentan a estas cuestiones exponiendo sus puntos de vista con valentía y rigor. En cualquier caso, sí queremos mostrar nuestra más sincera gratitud a todos aquellos que de forma tan brillante actuaron como ponentes en las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social, aceptando de un modo inmediato el reto que suponía efectuar unas de las primeras aportaciones sobre una reforma acometida tan recientemente.

Asimismo, queremos extender este agradecimiento a todas aquellas personas que procedentes de toda la geografía española presentaron comunicación a las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social, puesto que el elevado número y calidad de las mismas contribuyó notablemente a enriquecer el debate y la proyección científica de las jornadas. Como en años anteriores, se otorgaron el Premio Francesc Layret y el Premio Albert Fina instituidos y dotados por la Associació Catalana de Iuslaboralistes para galardonar las dos mejores comunicaciones presentadas en las jornadas; en esta edición estos premios se concedieron respectivamente al profesor Alberto Pastor Martínez, por su trabajo titulado “Aproximación al nuevo marco jurídico del descuelgue salarial. De las cláusulas a los acuerdos de inaplicación salarial” y al profesor Fernando De Vicente Pachés, por su trabajo titulado “Intermediación laboral y agencias de colocación”. Como ya viene siendo habitual, en el libro que ahora se presenta se han incorporado ambas comunicaciones premiadas.

Tratándose de una organización marcadamente colectiva, corresponde a los codirectores de las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social efectuar los necesarios agradecimientos a todos aquellos que han hecho posible la organización y celebración de las mismas. A tal efecto debe agradecerse la colaboración dispensada a lo largo de todo este proceso por la junta directiva de la Associació Catalana de Iuslaboralistes, agradecimiento que personalizamos en su presidenta, Lidia Castell Valldosera. Asimismo, debemos mostrar nuestro más sincero agradecimiento a la Universitat de Lleida, que a través de su Consell Social, su Facultat de Dret i Economia y su Departament de Dret Públic, contribuyó decisivamente a la celebración de estas jornadas y especialmente a que la estancia de los participantes en las mismas fuera lo más agradable posible. Esta colaboración debe valorarse muy positivamente especialmente en un momento en que las universidades sufren importantes limitaciones presupuestarias que dificultan este tipo de colaboraciones. Debe agradecerse también el inestimable soporte organizativo y económico que el Consejo General del Poder Judicial ha prestado a la organización de estas jornadas. Por último, no podemos olvidarnos de todas aquellas personas que desde el anonimato también han contribuido a la organización de las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social, puesto que sin su

trabajo y su buen hacer hubiera sido muy difícil que las jornadas y ahora este libro hubieran llegado a buen puerto.

Josep Moreno Gené i Ascensió Solé Puig
Lleida-Barcelona, 2011

EL CONTEXTO SOCIO-ECONÓMICO Y EL ALCANCE DE LA REFORMA LABORAL

Carlos L. Alfonso Mellado
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València – Estudi General

Introducción. 1. Las reiteradas reformas laborales. 2. ¿Era necesaria una nueva reforma laboral? 3. Algunas consideraciones y justificaciones sobre el carácter no laboral de la crisis actual. 4. ¿Son laborales los componentes específicos de la crisis en España? 5. Los argumentos que se han expuesto defendiendo la necesidad de una reforma laboral. 6. Las medidas laborales razonables y su comparación con la actuación reformadora. 7. Una primera valoración general sobre las medidas adoptadas y unas previsiones de futuro. 7.1. Las paradojas: fracaso del diálogo social, medidas estructurales y diferidas. 7.2. La valoración de las medidas. 7.3. Las previsiones de futuro.

INTRODUCCIÓN

Los juristas que nos movemos en el ámbito laboral estamos ya muy habituados a las reiteradas reformas de la legislación laboral; en relación con ellas, en buena medida, hemos asumido, y en algunos casos acriticamente, que se sucedan una a otra casi sin tiempo a que en la sociedad se hayan podido asentar los efectos de la anterior.

Creo que es hora ya de que hagamos algo más que comentar jurídicamente las sucesivas reformas laborales. Sin duda, en nuestro ámbito, destacar los cambios concretos de regulación y analizar los problemas de interpretación que plantean es importante, pero creo que ha llegado ya el momento de que también nos detengamos un poco y reflexionemos sobre algo más general; en concreto me parece imprescindible reflexionar sobre las grandes líneas reformadoras, las ideas o argumentos en los que se apoyan y los datos que justifican o contradicen esas ideas.

Es cierto que eso hace que debemos pedir prestados a otras disciplinas del ámbito de las Ciencias Sociales (fundamentalmente sociológicas y económicas) datos e instrumentos, técnicas de investigación, pero el Derecho es una Ciencia Social más.

Posiblemente esa reflexión más general nos ofrezca una perspectiva novedosa y, como en mi caso, más crítica acerca de lo que se ha hecho.

No pretendo decir que estas reflexiones no se hayan producido en relación con anteriores y con esta última reforma, pero sí que debo señalar que las mismas en nuestro ámbito han tenido una posición muy secundaria, desbordadas por los comentarios estrictamente jurídicos y por las voces que ante cualquier crisis reclaman lo que denominan una reforma laboral, forma encubierta, muchas veces, para solicitar directamente una regresión de los derechos laborales de los trabajadores.

En este trabajo intentaré esbozar ese análisis más general, tal como se me ha encargado para intentar situar algunos rasgos que caractericen el contexto en el que se produce la reforma laboral del año 2010¹.

1. LAS REITERADAS REFORMAS LABORALES

Desde luego, como cualquiera que estudie el mundo laboral conoce, la legislación laboral ha experimentado numerosas reformas en su versión moderna, esto es, la que se inicia con la aprobación en el año 1980 del Estatuto de los Trabajadores, norma modernizadora que venía a romper en parte con la legislación laboral franquista y pretendía instaurar un sistema laboral más acorde con los cambios sociales y el nuevo régimen constitucional.

Desde entonces, como digo, han sido reiteradas las reformas laborales y ello sin tomar en consideración las que en el ámbito de la protección social se han producido.

Dentro de la dificultad de sistematizar esas reformas laborales, creo que pueden destacarse cuatro grandes etapas reformadoras, sobre las que no me puedo detener en exceso.

La primera de estas etapas se inicia en 1984 con la reforma del Estatuto de los Trabajadores (ET en lo sucesivo) para introducir amplias posibilidades de contratación temporal incluso, y como respuesta coyuntural frente a la crisis, en puestos estables que hasta entonces debían cubrirse por trabajadores fijos. En esta reforma se encuentra el origen de la amplia contratación temporal que tenemos y la cultura de la precariedad que en torno a ella ha surgido.

En 1994 se intentó reaccionar tímidamente contra esa amplia contratación temporal, iniciándose la que puede calificarse de segunda etapa reformadora. En ella se flexibilizó considerablemente la legislación laboral, especialmente para abrir nuevos espacios de negociación en la empresa y facilitar las decisiones organizativas del empleador, eliminando buena parte de las intervenciones administrativas que en la materia subsistían. Se pretendía así que los empleadores se orientasen hacia la flexibilidad interna, antes que hacia la flexibilidad en la entrada (contratación precaria) o el despido (flexibilidad de salida), como forma de afrontar las crisis empresariales.

La tercera gran etapa reformadora se inició en 1997, fundada además en los importantes acuerdos de concertación que en ese año se produjeron; en ella y en sucesivas reformas se ha intentado caminar, aparentemente sin mucho éxito, en la dirección de reducir la temporalidad existente, limitando las posibilidades de contratación temporal y haciendo aparición, como medida coyuntural pero que ha tenido continuidad desde entonces, una posibilidad de contrato indefinido con reducción de la indemnización frente al despido en algún concreto supuesto. Dentro de esta etapa, en reformas posteriores se admitirá el denominado “despido exprés”, esto es, el

¹ Como se sabe la reforma de 2010 ha tenido, con posterioridad, continuidad e incluso rectificación de algunas de sus medidas y hasta regresión a situaciones precedentes – por ejemplo suspendiendo la aplicación a los límites del encadenamiento de contratos temporales, pero me parece esencial mantener el texto tal como se presentó, precisamente para que el lector pueda comparar las afirmaciones que se hacían con la evolución producida posteriormente.

reconocimiento directo de la improcedencia del despido con la consiguiente eliminación de la indemnización por salarios de tramitación, que abarata considerablemente el coste de aquél y que ha sido una de las vías más utilizadas para reducir empleo en la actual crisis, haciendo que despidos que lógicamente debían haberse planteado como colectivos o como extinciones por causas objetivas se hayan reconducido a esta medida, lo que ha tenido el efecto de conducir a un despido rápido y sencillo pero haciendo que la indemnización de 45 días por año se convirtiese en la referencia para los empleadores².

Es claro que en todas estas reformas se han introducido otras muchas medidas importantes, por ejemplo la legalización de las empresas de trabajo temporal o las vigentes reglas sobre concurrencia de convenios que dificultan considerablemente la articulación negocial, pero a grandes rasgos esas son las tres etapas precedentes³, que además evidencian la profunda labor reformadora por lo que resulta inexplicable que se acuse a toda esta legislación de residuo del franquismo⁴.

Finalmente, la última etapa reformadora se inicia con la actual reforma laboral, la del año 2010.

Es una nueva etapa porque, pese a que los problemas siguen siendo los mismos (elevado desempleo, exceso de contratación temporal, flexibilidad interna, régimen y coste del despido, etc.) y muchas de las medidas cuentan con precedentes, en ella se actúa integralmente para flexibilizar la legislación laboral, considerando que esa flexibilización es la vía esencial para la creación de empleo. Así: se abarata el despido y se amplían sus posibilidades; se extiende la fórmula de contrato indefinido con indemnización reducida; se amplía la flexibilidad en materia de organización del trabajo; se legalizan los servicios privados de empleo; se liberaliza la actuación de las empresas de trabajo temporal e incluso se anuncian reformas en materia de negociación colectiva si no se alcanza al respecto un acuerdo entre las organizaciones sindicales y empresariales, acuerdo sobre el que, como se sabe, de momento existe solamente una declaración conjunta en el marco de los recientes pactos sobre pensiones, empleo y otras cuestiones, etc.

Por el contrario, las medidas para dificultar el abuso en la contratación laboral tienen muy escaso impacto, como luego diré, confiando aparentemente en que la facilidad en la flexibilidad interna y el abaratamiento de los costes del despido reorientarán las políticas empresariales, algo que hasta ahora no se apoya en ninguna evidencia que justifique que realmente puede ser así.

² Véase, por todas las opiniones en el mismo sentido, García Serrano, C., Malo Ocaña, M.A. y Pérez Infante, J. I., “Dos cuestiones clave de la reforma laboral: despidos y negociación colectiva”, *Temas Laborales*, 107/2010, pág. 62.

³ Lógicamente en esas tres grandes etapas y en el período hasta la reforma del 2010, se han producido reformas de diversos tipos; en unos casos de adaptación a situaciones de fuerte crisis y destrucción de empleo, en otros en momentos de mayor tranquilidad socio-económico. En general, como se ha señalado, las reformas de mayor calado han sido las de respuesta a las crisis. En ese sentido, Cruz Villalón, J. “Algunas claves de la reforma laboral de 2010”, *Temas Laborales*, 107/2010, pág. 23.

⁴ Como se ha expuesto es incierta la acusación de que el garantismo de nuestra legislación es inusual en Europa, e incluso no somos el único Estado europeo que mantiene intervenido administrativamente el despido colectivo (Holanda, Grecia). Al respecto Analistas de Relaciones Industriales, “El Real Decreto-Ley 10/2010: los “tiempos” del Gobierno y de los partidos políticos”, *Relaciones Laborales*, 14, 2010, La Ley 8849/2010.

Es una nueva etapa, pues, más por la amplitud de la reforma que por la novedad de muchas de las medidas que en concreto se adoptan.

Quiero insistir en estas cuestiones que acabo de exponer: la escasa novedad de los problemas que existían en el momento en que se aborda la reforma laboral del 2010 y, por otro lado, en el conjunto de medidas esenciales que se introducen en el ordenamiento laboral, que pese a que las haya caracterizado como una nueva etapa, tampoco cabe ocultar que en buena parte tienen un sesgo continuista con las actuaciones de anteriores reformas⁵.

En efecto, la situación en el momento en el que se aborda la reforma laboral se caracterizaba, junto a otros factores, por un alto desempleo, una elevada tasa de temporalidad, una rotación en los contratos temporales muy elevada que conduce a duraciones muy cortas de muchos de ellos, una descausalización real de numerosos contratos temporales y una ineficacia de las medidas destinadas a potenciar el empleo indefinido, un convencimiento sobre los nocivos efectos dualizadores que provoca la contratación temporal y sus repercusiones, entre otros factores, sobre el nivel de consumo y el empleo juvenil y femenino, una situación de crisis económica internacional, agudizada en España por factores propios y una fuerte presión social, política y económica desde ciertos sectores nacionales e internacionales para que se produjese una reforma laboral.

Pues bien, este panorama que caracterizaba la situación del momento y que de alguna manera aún subsiste en parte, lo he descrito utilizando y resumiendo las palabras con las que la doctrina describía los aspectos que caracterizaban la situación en 1997 y que motivaron la reforma laboral aprobada ese mismo año⁶.

No deja de ser sorprendente, y es algo que debe apuntarse, que unas palabras escritas en 1997 nos sirvan más de una década después para describir el contexto en el que se produce una “nueva” reforma laboral.

Pero si la situación no había cambiado en sus rasgos esenciales, tampoco en esencia lo hacen muchas de las medidas que se adoptan para hacer frente a la misma.

En efecto, la misma doctrina, comentando aquella reforma, apuntaba que su carácter equilibrado pretendía obtenerse estableciendo algunos retoques en los contratos temporales y mejorando en clave garantista el contrato de formación, mientras que a favor de los empresarios se abarataba en algunos casos el coste del despido improcedente – se creaba el contrato en fomento de la contratación indefinida – y se definía en clave potencialmente flexibilizadora el supuesto de hecho del despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En aquella reforma no se abordaba la flexibilidad interna porque está se había introducido en la

⁵ En otras opiniones se insiste en esta misma idea, señalándose que la reforma es continuista con todas las que le han precedido desde la década de los 90, si bien presenta algunos elementos novedosos y de originalidad, de indudable innovación respecto del pasado. Al respecto Cruz Villalón, J. “Algunas claves de la reforma laboral de 2010”, *Temas Laborales*, 107/2010, pág. 23.

⁶ Por todos me remito a Escudero Rodríguez, R. “El AIEE y su traslación legislativa: significación general y condicionantes específicos”, en AA.VV. *Las Reformas Laborales de 1997*, Aranzadi, Pamplona, 1998, especialmente págs. 20 a 27.

reforma de 1994, modificando ampliamente al respecto el Estatuto de los Trabajadores, sin que se percibiese en aquél momento la necesidad de otras medidas complementarias.

Resulta así que ni la situación, ni los objetivos que se pretenden, ni las medidas que se adoptan, son tan nuevos⁷; son, en general y a salvo de las lógicas excepciones, más de lo mismo y ahora, olvidando mi posición personal y situándome simplemente en la de un observador imparcial, creo que éste nos preguntaría, y con razón, si no ha llegado ya el momento, tras 16 años de adoptar medidas similares (1994-2010 y si se me apura podríamos remontarnos a 1984) sin que se haya conseguido modificar la situación, de plantear la adopción de otras medidas distintas.

Bien, la reflexión general que al respecto se me pide, empieza precisamente, enlazando con esa idea, con la cuestión esencial: ¿se necesitaba en 2010 una nueva reforma laboral?

2. ¿ERA NECESARIA UNA NUEVA REFORMA LABORAL?

En la actual crisis se han venido oyendo con reiteración voces que proclamaban la necesidad de una reforma laboral, si bien no todas coincidían en las soluciones propuestas; es más, tras la reciente actuación legislativa, se sigue reclamando una reforma laboral más importante.

Entre las voces que reclamaban una reforma laboral, como puede comprobarse en cualquier hemeroteca, existían diferentes posiciones, aunque no necesariamente contrapuestas, pues en cada caso se incidía más o especialmente en uno u otro aspecto.

Así, se ha reclamado una reforma del sistema de negociación colectiva que abriese más posibilidades a la negociación en la empresa; otras voces, recuérdese el denominado manifiesto de los cien economistas, preconizaban la necesidad de reformar la contratación laboral, especialmente por dos razones: abaratar el despido y reducir la dualización entre trabajadores temporales y fijos, aunque, según los casos, se hacía más incidencia en una de estas dos cuestiones; también se ha defendido, por supuesto, la necesidad de reformas en la protección social, cuestión que dejo fuera de este análisis; y, finalmente y por resumir, en otras opiniones se atacaba directamente el sistema de protección frente al despido, entendiendo que había que introducir una amplia desprotección en la materia.

En general, todas estas opiniones sostenían y sostienen la necesidad de las reformas como la necesaria respuesta ante la pérdida de competitividad de nuestra economía y ante los elementos de lo que se denominan “rigideces” en nuestra legislación laboral, que en algunos casos se hacen derivar del sistema preconstitucional, defendiéndose abiertamente la profunda transformación, cuando no directamente la derogación, del ET pese a que, como he dicho, es una norma posterior a la Constitución y profundamente transformada en muy diversas ocasiones para adaptarla a los cambios

⁷ Como exponía Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. en el editorial “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010”, *Relaciones Laborales*, nº 15, 2010 los objetivos y medidas evidenciaban que las reformas laborales precedentes, que respondían a los mismos propósitos, no habían corregido los desequilibrios y disfunciones de nuestro mercado de trabajo.

socio-económicos, para modernizarla y, cómo no, para dar respuesta a exigencias de reforma similares a las que actualmente se han plantado .

En muchos casos estos debates en torno a la reforma laboral enlazan con otros que han sido tradicionales en nuestra doctrina jurídico-laboralista, que sistemáticamente ha defendido la necesidad de potenciar la flexibilidad interna frente a las alternativas de flexibilización de la entrada y salida de la empresa, dirección desde luego correcta pero que necesita de análisis complementarios.

De hecho esa percepción de dos análisis claramente contrapuestos no es personal, sino que creo que todos la hemos podido apreciar y a ella se han referido autorizadas voces, señalando que en la fase previa se contraponía una visión que apuntaba a que la intensidad en la destrucción de empleo que se produjo en 2009 – y también en 2010 – estaba motivada por la rigidez de nuestra legislación laboral y, claro es, de nuestra negociación colectiva, a otro enfoque que señalaba que la crisis no tenía componentes vinculados a la regulación del mercado del trabajo, sino que se derivaba de la deficiente regulación de los mercados financieros y sus prácticas y de la pervivencia de un modelo productivo imposible de sostener, fundado en la construcción residencial, siendo las evoluciones cíclicas del mismo las que explicarían el crecimiento y destrucción de empleo en las distintas épocas⁸.

Todas estas posiciones, lógicamente, se han agudizado como una respuesta a la crisis que venimos padeciendo, exigiendo una reforma laboral e incluso considerando algunas opiniones, tal como avancé, insuficiente la que se ha producido.

Pues bien, para responder a la pregunta sobre el papel que una reforma laboral podría jugar en esta crisis, habría que determinar en primer lugar si estamos ante una crisis producida por la regulación laboral.

La respuesta creo que es indiscutible: no estamos ante una crisis producida por la regulación laboral y, en consecuencia, la reforma laboral puede no ser tan necesaria como se pretende hacer creer o como ciertas exigencias parecen dar a entender, al menos no sería necesaria una reforma tan importante y en la dirección que se ha producido, que habría venido propiciada, más por orientaciones ideológicas, que por las auténticas necesidades de nuestro sistema de relaciones laborales⁹.

⁸ Véase la autorizada opinión al respecto de Valeriano Gómez que exponía en “La reforma laboral de 2010: crónica de un diálogo social frustrado”, *Relaciones Laborales*, número 21, 2010 (La Ley 13880/2010).

⁹ De hecho, como se ha expuesto en numerosas opiniones, por todas el editorial “Una respuesta sindical global ante las terapias neo-liberales anti-crisis”, *Revista de Derecho Social*, número 50, 2010, esa reforma se enmarca en el segundo tiempo del giro neoliberal, centrado en la intervención sobre el marco legislativo de las relaciones laborales, reformulando las garantías de los derechos de los trabajadores en especial en lo relativo al régimen del despido e intentando la pérdida de incidencia de la negociación sectorial (el primer tiempo sería la congelación del gasto público, el tercero que seguiría sería el ataque a los sistemas públicos de protección social). Esta ideología neoliberal ataca directamente las instituciones esenciales del Derecho del Trabajo, pretendiendo situar por encima de cualquier otro elemento, el libre mercado y es tanto más peligrosas cuando se presenta como verdad científica irrefutable, revestida de opción meramente técnica, de tecnocracia avalada por todo tipo de informes y libros de diversos colores, como señala López Gandía, J. “La reforma laboral de 2010 y la evolución del Derecho del Trabajo: otra vuelta de tuerca”, *Revista de Derecho Social*, número 51, 2010, pág. 244.

En todo caso esa conclusión debe reforzarse con algún tipo de justificaciones y ello es lo que, como elemento de reflexión, propongo a continuación.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES Y JUSTIFICACIONES SOBRE EL CARÁCTER NO LABORAL DE LA CRISIS ACTUAL

Una primera consideración que debe tenerse presente es que no estamos ante una crisis que afecte solamente al Estado español; la actual crisis es mundial.

Los factores esenciales que han desencadenado esta crisis y que generalmente se aceptan como tales¹⁰ son, entre otros, los siguientes:

- Un colapso del sistema financiero derivado de unas prácticas especulativas incontroladas, que se siguen produciendo, siendo evidentes las llamadas de diversas instituciones políticas a reaccionar frente a las mismas.

- Una caída del consumo, estimulada además por: la restricción del crédito derivada del colapso del sistema financiero; el temor psicológico ante el futuro y una reducción de las inversiones públicas, al tener que destinar ingentes fondos a paliar la crisis en el sistema financiero y sus consecuencias sociales.

Por el contrario, las instituciones laborales han tenido muy poco o nada que ver en el origen y evolución de esta crisis, a salvo de lo que luego diré.

Creo que es fácil aceptar esta consideración acerca de la irrelevancia de los aspectos laborales en la actual crisis si se aprecia que ha afectado a muy diversos Estados, con regulaciones laborales distintas y que no han existido cambios sustanciales con las vigentes en momentos de expansión; no parece que una regulación laboral que no impidió la expansión sea ahora la causante de la crisis.

Si lo anterior puede afirmarse de la crisis en general, al contemplar la realidad española hay que tomar en consideración que ha tenido componentes específicos que no conviene despreciar y que pueden tener importancia para analizar la necesidad o no de una reforma laboral.

En efecto, en el Estado español a la crisis financiera y del consumo mundial se le une: el estallido de la burbuja inmobiliaria creada a lo largo de bastantes años; un modelo productivo basado en sectores muy vulnerables ante una crisis: construcción, servicios de ocio y turismo y, en otros casos, en sectores con un importante componente de industrias de mano de obra intensiva (más vulnerables ante la competencia

¹⁰ Son muy numerosos los análisis de la crisis que se han efectuado y podrían citarse muchos; en todo caso es un buen resumen el conjunto de trabajos publicados en el número 12, 2009 de Gaceta Sindical y el conjunto de trabajos sobre la cuestión que puede consultarse en la página web de la Fundación Sindical 1º de mayo (<http://www.1mayo.ccoo.es/nova/>) en la que pueden encontrarse, además, numerosos análisis sociales, económicos y jurídicos sobre la reciente reforma laboral.

Son también reveladores sobre los orígenes y consecuencias de la crisis los datos contenidos en la Memoria sobre la Situación Socioeconómica y Laboral, correspondiente al año 2009, aprobada por el Consejo Económico y Social, en su pleno en mayo de 2010. Existe versión impresa, pero hay acceso directo a ella en la dirección electrónica <http://www.ces.es/memorias.jsp>
En aras a la brevedad me remito a estos textos en general.

internacional), del automóvil (en procesos crecientes de deslocalización) y una gran escasez de industrias de alta tecnología.

El factor de la deslocalización, y los consiguientes procesos de desinversión, no es despreciable porque la actual crisis se ha producido poco después de los momentos de expansión de la Unión Europea hacia nuevos territorios y de la incorporación de Estados con costes salariales inferiores, además de los acuerdos preferenciales de comercio con Estados próximos geográficamente (Marruecos) o que han solicitado la adhesión a la UE (Turquía) y de la amplia liberalización del comercio mundial.

Es evidente que el trabajo en otros ámbitos geográficos, desde luego en algunos de los nuevos países que han entrado a formar parte de la Unión Europea, tiene un coste muy inferior.

Me parece que puede establecerse la conclusión, esencial para entender la gran destrucción de empleo que hemos padecido, de que ese modelo productivo, que en rasgos generales he caracterizado, es capaz de generar mucho empleo en momentos de expansión (industrias de uso de mano de obra intensiva y muy dirigidas al consumo, servicios del ocio y turismo), pero también lo destruye con la misma velocidad en momentos de recesión porque son empresas y sectores que sufren intensamente cualquier crisis¹¹. Esta gran destrucción de empleo incrementa el coste de protección social y disminuye la capacidad de inversión de las Administraciones Públicas (por cierto ya muy mermada por su fuerte endeudamiento), lo que agrava la crisis.

Nuestro modelo productivo, cuando ha generado ocupación, lo ha hecho mediante empleo de baja calidad y en muchos casos precario, con un fuerte componente de población inmigrada y con escasas posibilidades de ahorro, lo que hace a esos trabajadores más vulnerables ante las consecuencias de la crisis y más dependientes de la protección social.

A su vez, en nuestro caso la restricción en el consumo es muy amplia: no hay suficiente ahorro, se restringe el crédito, las personas reducen gastos ante el desempleo o ante el temor a él. Las políticas de restricción salarial (tanto en el sector privado como en el público) provocan nuevas reducciones de consumo, que se ven agudizadas por el elevado volumen de endeudamiento privado, derivado en buena medida de la apuesta por el sector inmobiliario y el alto precio de la vivienda (las familias se endeudan por asumir hipotecas muy elevadas; la banca privada se endeuda considerablemente para seguir concediendo esas hipotecas y para financiar la adquisición de terreno por los promotores)¹².

¹¹ En el estudio ya citado de García Serrano, C., Malo Ocaña, M.A. y Pérez Infante, J. I., “Dos cuestiones clave de la reforma laboral: despidos y negociación colectiva”, págs. 57 y 58 se puede ver como la mayor parte de la destrucción de empleo padecida desde el tercer trimestre de 2008 se concentró en la construcción y en el sector servicios.

¹² La caída en el consumo es uno de los componentes más evidentes y específicos de nuestra crisis. En efecto conforme a los datos recientemente publicados del Informe sobre Ventas, Empleo y Salarios en las Grandes Empresas, elaborado por la Agencia Tributaria, disponible en http://www.agenciatributaria.es/AEAT/Estudios/Estadisticas/Informes_Estadisticos/Informe_de_Ventas_Empleo_y_Salarios_en_las_Grandes_Empresas/2010/VesDiciembre10.pdf

Las ventas interiores empezaron a caer considerablemente en 2008 y en 2009 llegaron a disminuciones de cerca del 20%, muy influenciadas, eso sí, por la caída en la construcción, cuyas ventas llegaron a descender en porcentajes de más del 30%, pero ya en el mismo 2009 empezaron a frenar su disminución y

Lógicamente, la restricción del consumo incrementa los efectos de la crisis.

Pero es que, además, hay otro elemento nada despreciable para analizar el impacto de la crisis en nuestra realidad; ese elemento es que nuestra estructura productiva está basada en pequeñas empresas.

Según datos del INE de diciembre de 2009, en atención al directorio de empresas teníamos: 3.335.000 empresarios¹³.

Si atendemos a estos datos del INE y los cruzamos con la información estadística de la Tesorería General de la Seguridad Social, podemos extraer algunas conclusiones.

En efecto, de ese total de empresarios más de la mitad no cuentan con asalariados, no son, pues, empleadores, aunque potencialmente lo podrían ser si una evolución económica favorable les llevase a incrementar su carga de trabajo.

Del 1.600.000 de empleadores, como cotizantes a la Seguridad Social en el régimen general y del carbón aparecen 1.264.689, dato que, por cierto y una vez depurado con la valoración del resto de empleadores, nos podría dar un volumen aproximado de la incidencia de la economía sumergida o informal.

Bien, dando por buenos esos datos para aquellas fechas porque en sentido aproximativo lo son, podemos seguir extrayendo conclusiones.

De ese algo menos de 1.600.000 empresarios:

Más de 919.000 tienen 1 ó 2 trabajadores (704.052, según datos de la Seguridad Social).

Más de 332.000 tienen de 3 a 5 trabajadores (274.446 según datos de la Seguridad Social).

en 2010, ya no disminuían, e incluso la disminución procedía de que la construcción seguía en una disminución significativa, aunque también en lenta recuperación desde 2010. Por el contrario, las ventas al exterior – de estas grandes empresas – que cayeron en 2009, en 2010 – momento en que se produce la reforma, ya habían remontado, incluso estaban creciendo en porcentajes que en momentos estuvieron por encima del 16% (por encima del 10% en las exportaciones a la UE y del 20% en las exportaciones a terceros). Incluso el empleo ya en 2010 había empezado a frenar su destrucción en el sector servicios (incluso creciendo) y en el sector industria, no así en construcción que sólo muy al final del 2010 empezó a frenar la destrucción, situada en porcentajes superiores al 10%, tras haber vuelto a caer después de un momento de relativa estabilización en el porcentaje de destrucción en algunos momentos entre 2009 y 2010, aunque la estabilización se produce en unos porcentajes de destrucción de empleo en torno al 8% - lo que tampoco es muy satisfactorio-

¹³ Datos del INE, Directorio central de empresas <http://www.ine.es>.

En lo sucesivo se utilizarán datos que se pueden obtener en las estadísticas del INE, de la Seguridad Social, del MTIN, del Hispabarómetro y de EUROSTAT y en ocasiones se han realizado elaboraciones comparando los respectivos datos, a los que me remito, procuraré en cada caso indicar la fuente de origen. Desde luego, al manejar diversas fuentes, los datos no son siempre coincidentes. En consecuencia hay que aceptarlos en ciertos casos como aproximados. Por ejemplo, EUROSTAT da en 2010 un número de empresas para España de 2.712.744, pero excluyendo el sector público.

Y más de 151.000 tienen de 6 a 9 trabajadores (117.311 según la Seguridad Social).

Sólo unos 12.000 empleadores tienen más de 100 asalariados y registrados en la Seguridad Social con más de 49 trabajadores hay escasamente otros 28.000, pero en todo caso se trata de empresas, no de centros de trabajo, pues algunas de esas empresas tienen centros de trabajo de muy escasas dimensiones.

Estos datos permiten extraer algunas conclusiones adicionales.

- Este tipo de empresa pequeña, predominante en nuestra estructura productiva, depende, en gran medida, del crédito.

- El volumen de economía sumergida comparando datos del INE 2009 y de la Seguridad Social, podría alcanzar casi un 20%, dato que por cierto coincide con algunas estimaciones recientemente realizadas en medios tributarios, aunque lógicamente estos datos deben depurarse.

- En cuanto al volumen de trabajadores ocupados, el porcentaje de personas ocupadas como autónomos sin trabajadores y asalariados en empresas de menos de 50 trabajadores asciende a más de 7.000.000 de trabajadores; el de empleados en empresas de más de 50 trabajadores a una cifra ligeramente superior, aproximadamente de unos 7.500.000 empleados, aunque la VI Encuesta nacional sobre condiciones de trabajo¹⁴ refleja algo más de 8.000.000 de trabajadores en empresas de hasta 49 trabajadores y algo menos de 7.000.000 en las que superan esta cifra.

Se aprecia, pues, el importante volumen de empleo que representan las empresas pequeñas y las microempresas y los autónomos.

- Todo este conjunto de circunstancias hace, sin duda, que nuestra crisis tenga componentes específicos derivados del modelo productivo, del alto endeudamiento privado, de la caída del consumo y del marco de pequeña empresa y microempresa que domina en nuestro sistema.

4. ¿SON LABORALES LOS COMPONENTES ESPECÍFICOS DE LA CRISIS EN ESPAÑA?

Llegados aquí cabe cuestionarse si, aunque la crisis en general no tuviese origen laboral, esos componente específicos, presentes en nuestra realidad, son laborales.

La respuesta es esencial para valorar las medidas de reforma laboral y anticipar alguna conclusión sobre su eficacia.

¹⁴ Como se sabe esta encuesta se realiza por el INSHT a efectos de valorar la situación preventiva, pero puede suministrar datos muy precisos sobre el número de trabajadores de cada centro de trabajo, pues lógicamente se tiene en cuenta ese elemento a estos efectos.

Creo que, de la simple lectura de los datos expuestos, se aprecia que ninguno de los componentes que pueden señalarse es directamente laboral y, por tanto, posiblemente ninguno puede abordarse con medidas laborales.

Las medidas laborales pueden ayudar muy indirectamente o, todo lo más, servir para corregir efectos a los que luego me referiré porque, aunque la crisis no tiene origen laboral ni puede resolverse con medidas de este tipo, no es menos cierto que laboralmente está repercutiendo y están padeciendo sus consecuencias, especialmente, los trabajadores temporales y de ciertos sectores en los que el desempleo ha crecido considerablemente.

En todo caso, habría que cuestionarse a quién van destinadas las medidas laborales, porque posiblemente las dirigidas a los autónomos y a las pequeñas empresas no deberían ser las mismas que las que se destinen a la mediana y gran empresa.

Incluso ese más de 80% de empleadores que ni siquiera alcanzan los 10 trabajadores, en mi opinión, están más preocupados por otras cuestiones no laborales, como: la restricción del consumo que afecta a su cartera de pedidos; la restricción del crédito, sobre todo para el circulante (lo que incrementa la crisis pues les obliga a reducir actividad); el volumen de impagados, la morosidad, pues no tienen capacidad económica para soportarlos, etc.

No creo que se detecte en ellos grandes preocupaciones por la contratación, el despido o por otras medidas laborales, a salvo de lo que luego diré¹⁵.

Además, el elenco de contratos es más que suficiente para ese tipo de empleador y el despido, si está justificado, es barato; en torno al 90% de empleadores, ya antes de la reforma, sólo pagaban 12 días por año en un contrato indefinido si el despido respondía a motivos empresariales (causas técnicas, organizativas, productivas o económicas), en cuyo caso, conforme el art. 33.8 ET, de la indemnización de 20 días de salario por año, legalmente prevista para estos casos (arts. 51.8 y 53.1.b) del ET), el Fondo de Garantía Salarial en las empresas de menos de 25 trabajadores abona directamente el 40%, medida que ahora se generaliza a todas las empresas, lo que no parece necesario ni acertado.

Otra cosa es que estos empleadores pequeños teman la inseguridad de algunas causas de despido y los costes de transacción (asesoramiento económico y jurídico) y opten, como ya expuse, por un despido rápido y sencillo a costa de que resulte más caro; posiblemente aquí podrían haberse adoptado ya hace tiempo algunas actuaciones,

¹⁵ Recientemente en medios periodísticos se recogían las preocupaciones y reivindicaciones de los trabajadores autónomos, en buen medida extensibles a las pequeñas empresas, que entendían como medidas necesarias para solucionar la crisis: la revisión de los módulos fiscales, la reducción de la morosidad en el pago de las Administraciones Públicas y grandes empresas, la posibilidad de que se convirtiese en permanente la capitalización al 100% de las prestaciones por desempleo, la posibilidad de disfrutar de ayudas después de la prestación por cese de actividad, rediseñar las líneas de financiación del ICO para generar liquidez, demorar el pago del IVA hasta después del cobro de las facturas, medidas de apoyo al comercio minorista, planes más importantes para la rehabilitación de edificios y viviendas, medidas de formación y programas específicos de asistencia técnica (El economista, martes 18 de enero de 2011). Algunas son reivindicaciones, sin duda, de los autónomos sin empleados, pero otras muchas están demostrando las reales preocupaciones de los pequeños empresarios y en ellas no hay prácticamente referencias a medidas laborales.

concretando ciertas causas de despido por razones empresariales, especialmente por lo que hace a ese segmento mayoritario de empleadores muy pequeños que pueden tener mayores dificultades de gestión y prueba en estas situaciones, por ejemplo identificándolas con las causas de cese que se han reconocido a efectos de la prestación por cese de actividad para los autónomos. No obstante, no es lógico tampoco que esta medida se generalice porque los problemas en la materia de estos pequeños y microempresarios no son similares a los de las medianas y grandes empresas; en este sentido, la solución de la reforma intentando concretar las causas de despido objetivo no es adecuada en cuanto trata por igual a todas las empresas y no parece que conceda suficiente claridad para quienes realmente podrían necesitarla, mientras que para otro segmento de empleadores es un inesperado regalo que posiblemente les haga más sencillo y flexible despedir, justo lo contrario de lo que sería necesario y de lo que aparentemente se pretende.

En general, pues, salvo algún aspecto muy concreto, la mayor parte de los empleadores no necesitan grandes medidas laborales y posiblemente para muchos con una clarificación de las causas de despido y un eficaz funcionamiento de las cláusulas de descuelgue salarial, hubiese sido suficiente en materia laboral.

Es más, algunos de los argumentos que justifican la reforma laboral no son reales. Conviene detenerse siquiera brevemente en esa cuestión.

5. LOS ARGUMENTOS QUE SE HAN EXPUESTO DEFENDIENDO LA NECESIDAD DE UNA REFORMA LABORAL

Un análisis de los principales argumentos a favor de la reforma laboral, a los que ya hice alguna referencia, evidencia que los mismos no se sostienen; no porque no sean reales, aunque ciertamente en algunos casos creo que no lo son e intentaré demostrarlo, sino, sobre todo, porque no evidencian problemas que el ordenamiento laboral pudiera resolver, salvo que se produjese una regresión de derechos, especialmente una caída salarial tan intensa, que no parece lógica ni asumible, aunque de alguna manera es lo que ha empezado a plantearse claramente con algunos ataques al sistema de negociación colectiva y las propuestas de desvincular los salarios del IPC e incluso a producirse como se verá posteriormente.

En efecto, se señala, como uno de los argumentos esenciales para sostener la necesidad de una reforma laboral, que hemos perdido competitividad como consecuencia de que el trabajo en España es caro y la productividad ha bajado.

¿Son reales estos datos?

Conviene analizarlos desapasionadamente.

Tomando como base 100 la productividad del año 2000 y determinando la productividad por hora trabajada del año 2009 (último del que se disponen de los datos completos)¹⁶, la productividad media en UE27 era de 109,3; en UE15, era de 107,7; en España de 110.

¹⁶ Dato Eurostat 2010.

No parece, pues, que exista una pérdida real de productividad en términos medios, incluso la productividad ha crecido espectacularmente en el año 2009 en términos medios (en 2008 estábamos en 107,1, en 2009 en 110).

Dinamarca (paradigma de la flexiseguridad) estaría hoy en un índice de productividad de 102,4 – crecimiento inferior al nuestro -; Italia 98,3; Portugal 107,7; Alemania 108,3, etc.). Es decir, en el marco de la UE15 la comparación con muchos Estados revela que hemos ganado en productividad y lo mismo en la media de la UE27. No así, evidentemente, con algunos otros Estados; en efecto, cuando contemplamos la Unión Europea en su actual dimensión, esto es, con la incorporación de los nuevos Estados centroeuropeos y bálticos, Polonia habría crecido hasta el 131,8, Chequia hasta el 137,5, Hungría hasta el 131,2, etc. Esto empieza a situar la dimensión del problema.

En cuanto al precio del trabajo¹⁷, en 2006 (último dato global comparativo) en UE27 el coste medio global era de 2.450,2 euros mes (en UE15 el año anterior ya era de 3.466,1 euros).

En España, en 2007 era de 2.283,8 euros (otras fuentes sitúan el coste en diciembre de 2009 en 2.649,13 euros), por debajo de la media UE y muy alejado de otros países de la UE15 con costes cercanos o superiores a los 4000 euros/mes, pero claro, muy por encima de la media de los nuevos miembros de la UE27 (Eslovaquia tenía en esas fechas un coste salarial medio de 842,3 euros; Hungría de 1104,3; Polonia de 983,2, etc.).

Los datos miden el coste del trabajo y por tanto incorporan todos los factores que influyen en el mismo, además cabe esperar una evolución al alza del coste en esos nuevos miembros de la UE, pero la conclusión en la actualidad es evidente, es más barato, bastante más, trabajar en los Estados que han ingresado en los últimos años en la Unión Europea; lógicamente muchas de las nuevas inversiones se dirigen hacia ellos y las empresas en las que es fácil la deslocalización y en las que el coste del trabajo es un factor importante en el precio final del producto, tienden a desinvertir para instalarse en esos nuevos marcos territoriales.

No obstante es cierto que en España el coste por hora creció un 2,5 (el salarial 2,7%) en pleno 2009, es decir por encima del IPC y en momentos de crisis, lo que ciertamente no parece lo más lógico. El coste laboral unitario ha crecido también más que en otros Estados y más que en la media europea. Tomando nuevamente como base 100 el año 2000, la previsión para 2010 era que estaríamos en el 129,9 – disminuyendo, pues en 2009 el dato real era que estábamos en el 131,4 -, pero la medida europea estaba por debajo; en UE27 116,1, en UE15, 115,7.

Sin duda en ello influye sobre todo el IPC, superior a la media europea y como se ha visto no parece que ello haya supuesto serios problemas de competitividad en

¹⁷ Fuente Eurostat 2010 (período 2000-2007; en algunos de estos datos se omiten los sectores de agricultura, pesca y hogar familiar).

muchos ámbitos visto el comportamiento de nuestra exportaciones en general y hacia Europa que se han evidenciado como altamente inelásticas¹⁸.

Se ha argumentado también que nuestra jornada laboral es muy corta frente a la realidad de otros Estados; pues bien, tampoco parece tan claro que trabajemos menos horas que el resto de europeos; por supuesto la comparación con otros marcos: asiático, centroamericano, africano, etc., es impensable.

En 2009, la media de la UE27¹⁹ es de 41,6 horas semanales; la media de la UE15, es de 41,6 y la media de España, 41,7, prácticamente igual en todos los casos. También se afirma que nuestras cotizaciones a la Seguridad Social son caras.

Puede opinarse al respecto, pero desde luego no lo son tanto como parece. La media europea (UE 27)²⁰ se sitúa en el 12,8% sobre PIB, mientras que en España llega al 12,4%, y además ese dato es inseparable de la fiscalidad global sobre PIB (incluidas cotizaciones), pues existen Estados en los que las prestaciones sociales se financian por vía fiscal.

Si establecemos esa media²¹, la europea se sitúa en el 39,9 del PIB, mientras que en España es sólo del 37,6, aunque es cierto que ha crecido desde el 33,6 en 1999²².

Eso explica que nuestro gasto en protección social no sea elevado en comparación con Europa²³.

Gastamos en el año 2008, el 22,2% de nuestro PIB; la media de la UE27 era el 25,3% y la media de la UE15 era el 26,0%. Pero claro, se repite el factor que ya he mencionado con anterioridad; estamos por debajo de las medias, con un gasto muy inferior al de Alemania (26,7%), Francia (29,3%), Italia (26,5%), incluso de Hungría (22,3%), etc., pero por encima de Eslovaquia (15,5%), Polonia (18,2%), República Checa (18,1%), etc.

Además en nuestro gasto social hay un componente importante de fondos destinados al desempleo que no pueden dirigirse a otras finalidades.

¹⁸ Una buena referencia al respecto con diferentes explicaciones para esta en apariencia paradójica situación puede verse en “Que determina la competitividad en la eurozona”, De la Dehesa, G. , El País, 6 de febrero de 2010.

¹⁹ Fuente Eurostat 2010 (datos del 2009 referentes al tercer trimestre del mismo).

²⁰ Fuente Comisión Europea 2009 (disponible en Hispabarómetro, datos de 2008).

²¹ Fuente Comisión Europea 2009 (disponible en Hispabarómetro, datos de 2007).

²² Por cierto no me resisto a dar dos datos al respecto: el 25% del fraude fiscal detectado por la Agencia Tributaria se sitúa en las grandes empresas (*El País*, 10 de febrero de 2011); no sé si en relación con ese dato – el lector juzgará -, el otro, el 80% de las empresas que cotizan en el Ibex están presentes a través de sociedades filiales en paraísos fiscales y no suministran ningún dato acerca de sus actividades en los mismos, como se señala en la 7ª edición del Informe *La responsabilidad social corporativa en las memorias anuales de las empresas del Ibex-35*, referido a 2009 y elaborado por el Observatorio de Responsabilidad Social corporativa, (*El País*, 11 de febrero de 2011). El informe concreto puede consultarse en : http://www.observatoriorisc.org/images/stories/audio/Proyectos/Informe_MemoriasRSC_2009_completo.pdf

²³ Fuente Eurostat 2010.

Si analizamos desapasionadamente esos datos y otros que podrían añadirse, nos daremos cuenta de que, si ha habido una cierta pérdida de competitividad, menor en todo caso de la que se afirma, esa pérdida vendría esencialmente de aspectos no derivados de la regulación laboral; fundamentalmente deriva de: una estructura productiva basada en la microempresa; un modelo productivo centrado en sectores de escaso valor añadido; un IPC que ha estado por encima de la media europea²⁴ y, sobre todo, un proceso de ampliación de la UE a otros Estados con costes laborales menores.

No creo, pues, que para superar la crisis recuperando la competitividad el protagonismo lo tengan las medidas estrictamente laborales, salvo que se quiera directamente y como ya avancé reducir nuestro coste salarial para rebajar el diferencial que tenemos con los nuevos estados miembros de la UE, algo que ciertas opiniones ya han mantenido y que obviamente es defendible pero entonces, claro, lo que se plantea es una reforma laboral en clave de seria regresión de los derechos laborales y de incremento del beneficio empresarial, es decir, se cuestiona el reparto de rentas en la sociedad. No es que sea indefendible, pero es una alternativa de regresión social que no comparto y que, vistas las cifras, habría que plantear el nivel de reducción salarial que seriamente puede pretenderse sin alterar las bases de nuestra convivencia social, porque con los márgenes existentes para ello no creo que pudiéramos conseguir una reducción muy amplia que, además, conduciría a una evidente situación de injusticia social, haciendo recaer consecuencias muy negativas sobre quienes ni han provocado la crisis, ni se han beneficiado de ella (trabajadores públicos y privados, pensionistas).

No obstante lo anterior, debe apuntarse que esa regresión se ha iniciado.

En efecto, ya dije que los costes laborales unitarios han bajado, de hecho todo el año 2010 se han movido a la baja y ésta se ha ido incrementando a lo largo del año (un -0,9, en el primer trimestre del 2010, la misma cifra en el segundo, pero un -1,9 en el tercer trimestre y un -2,3% en el cuarto) y salarialmente eso producía una reducción de al menos y en promedio el 0,4%, pese a que la productividad se incrementaba al menos un 2%. Las consecuencias son evidentes en términos de reparto de rentas; las rentas del trabajo disminuían en porcentaje sobre el PIB un 1,1% en el 2010 – caían hasta ser el 47,89%; por el contrario el excedente empresarial se situaba en un 1,5% más de antes del inicio de la crisis, y se situaba en el 43,43%; los impuestos netos alcanzaban el 8,67%, habiendo crecido considerablemente en el año 2010 – subida del IVA, supresión de deducciones, etc.-²⁵. Por cierto, si los salarios se hubiesen vinculado al incremento de la productividad ¿se hubiese entendido razonable por quienes defienden esta medida que en conjunto se incrementasen el 2%, en lugar de disminuir en promedio el 0,4%? O es que la vinculación sólo ha de jugar para limitar los incrementos, esto es, en perjuicio de los trabajadores.

6. LAS MEDIDAS LABORALES RAZONABLES Y SU COMPARACIÓN CON LA ACTUACIÓN REFORMADORA.

Llegados a este extremo cabe plantearse si se podía mantener el ordenamiento laboral sin cambios.

²⁴ Desde 2002 hasta 2008, no en 2009. Durante bastantes de esos años el diferencial con la media de la UE27 ha sido de un punto o más, en 2007 y 2008, fue de un 0,4%. Fuente Eurostat 2009.

²⁵ Ver los datos más recientes al respecto en *5 días* y *El País* del 17 de febrero de 2011, sacados de los datos sobre Contabilidad Nacional publicados por el INE.

Pues bien, aunque no sean las medidas esenciales y, desde luego, aunque se debe cuestionar que la reforma laboral sea una respuesta necesaria a la crisis que padecemos, ciertamente no creo que pueda prescindirse de medidas laborales, porque a lo dicho hay que unir otras realidades que evidencian que, con crisis o sin ella, nuestra regulación laboral tiene algún problema y que, precisamente, esos problemas pueden haber contribuido a la destrucción excesiva de empleo y haberse agravado por el impacto laboral de la crisis al que ya me referí.

Cabe repasar, pues, algunos factores sobre los que el ordenamiento laboral sí que podría incidir.

El primero, que ya mencioné, es que en un contexto de fuerte destrucción de empleo y crisis económica, los costes salariales en algún momento crecieron por encima del IPC, lo que no parece lo más lógico, aunque ciertamente este efecto parece haberse moderado e incluso invertido en los últimos meses.

Por otro lado, existe una real dualización, segmentación, del mercado laboral, que aunque no se produce solamente entre fijos y temporales, porque inciden otros elementos (sexo, edad, nacionalidad, etc.), presenta un aspecto esencial en cuanto a la diferenciación en orden a la estabilidad de la relación laboral.

Los datos de finales del 2009 de la EPA²⁶ revelan que existían:

15.492.600 asalariados, de los que 11.606.400 tenían contratos indefinidos y 3.886.200 eran temporales.

La tasa de temporalidad alcanzaba en esa fecha el 25,08%, muy alta aunque había decrecido desde el 34% que llegó a representar en 2006.

La elevada tasa de temporalidad no es razonable pues fomenta la desvinculación con la empresa, hace que no se invierta en formación de trabajadores cuya estabilidad en la empresa es incierta o inexistente porque se sabe que su estancia, su permanencia en la misma, va a ser corta.

De este modo se crean trabajadores precarios, se recarga el coste de la protección social, se dificulta la actuación sindical – no ya la reivindicativa, sino la más directa de interlocución y gestión –, y se producen efectos discriminatorios porque la temporalidad parece recaer más sobre jóvenes, mujeres e inmigrantes (por ejemplo según los datos que se acaban de citar el porcentaje de temporalidad es más alto entre las mujeres, alcanzando el 27,9 en 2009).

Pero es que, además, hay una amplia rotación de trabajadores temporales²⁷.

²⁶ Ver datos del 4º trimestre de 2009, en el Instituto Nacional de Estadística. Cuadros estadísticos (anexo tablas) y nota de prensa sobre Encuesta de población Activa del 4º trimestre del indicado año.

²⁷ Ver tablas sobre movimiento laboral registrado, incluyendo series 1997-2008 y datos 2009, en Instituto Nacional de Estadística, en concreto contratos registrados por modalidad.

En 2008 se hicieron más de 14.600.000 de contratos de duración temporal y en 2009 – en plena crisis – unos 12.700.000 (media de 4 contratos por trabajador temporal)²⁸.

Estos datos hacen que, como se ha expuesto, no parezca discutible que en España los supuestos de contratación temporal se utilizan más allá de lo que está legalmente permitido²⁹.

Por otro lado, el acceso de los jóvenes al mercado no está resultando fácil y existen amplios fenómenos de sobrecualificación en relación con el trabajo desempeñado.

Existe, también, un excesivo recurso a la subcontratación, un abuso de las medidas de descentralización productiva, lo que en su momento motivó regulaciones restrictivas en el sector de la construcción.

Todo ello provoca que en momentos de crisis, como el presente, los empleadores privilegien el ajuste mediante reducciones de plantilla, antes que otras medidas de defensa del empleo.

En efecto, con una estructura de contratación como la que se ha descrito, resulta muy fácil reducir el número de empleados eliminando contratos temporales y contrataciones y subcontratas, todo ello con un coste muy pequeño o inexistente. La caída en el porcentaje de empleo temporal sobre el total evidencia que ésta ha sido la principal vía de ajuste y adaptación a la crisis que han utilizado los empleadores.

En consecuencia, se acude menos a otras medidas más conservadoras del empleo como la reducción de jornada o el descuelgue salarial que, en general, se valoran como más rígidas y difíciles.

Los datos demuestran que el mayor número de ceses se han producido por estas vías y de ahí la caída de la tasa de temporalidad; frente a ellas, sólo se han acogido 429.000 trabajadores en 2009 (de 486.000 del total afectados por expedientes de regulación de empleo) a expedientes “conservadores del empleo”, aunque la mayor parte a medidas de suspensión del trabajo (409.000) y no a reducciones de jornada.

En general, podría concluirse que en momentos de crisis y de un volumen de desempleo como el que tiene España, hay que potenciar aquellas vías que privilegian los mecanismos de adaptación y conservación del empleo frente a los mecanismos extintivos; hay que incrementar la flexibilidad interna para reducir la flexibilidad de salida.

Pero claro, este objetivo es utópico cuando el empleador tiene vías mucho más fáciles de ajuste mediante la reducción directa de plantilla.

La amplia flexibilidad de entrada – que permite un uso y abuso excesivo de la contratación temporal – y la permisividad en la utilización de la subcontratación,

²⁸ Ver la misma fuente citada en nota anterior.

²⁹ Al respecto Camps Ruiz, L. M. “La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010”, en AA.VV. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 15.

incluso para sustituir abiertamente empleo estable de las empresas, son los mayores enemigos del uso de las medidas de adaptación, de flexibilidad interna, de reparto del trabajo como medio más razonable de afrontar las bajadas de actividad productiva.

Hay que empezar a considerar, pues, que sin actuaciones que penalicen, dificulten e incluso restrinjan abiertamente el recurso a la contratación temporal y a la subcontratación de obras y servicios, las crisis productivas y de actividad seguirán solventándose en nuestro sistema mediante ajustes directos de plantilla, esencialmente mediante el cese de contratos temporales, la eliminación de subcontratas e incluso el despido con reconocimiento directo de la improcedencia de trabajadores de poca antigüedad y que por lo tanto, una vez eliminados los salarios de tramitación, reciben indemnizaciones de cuantía escasa por lo que su despido es, en términos absolutos, “barato”, lo que explica también el abundante recurso a esta fórmula permitida por el art. 56.2 ET para ajustar las plantillas en detrimento de las medidas de reestructuración mediante los despidos económicos colectivos o individuales (arts. 51 y 52 y 53 ET)³⁰.

Sorprende en este sentido que dicha vía no sólo no se dificulte en la reforma aprobada sino que se generalice.

Es más, una actuación que penalice el recurso excesivo a la contratación temporal se hace cada vez más necesaria si se aprecia que ese exceso de temporalidad conlleva efectos precarizadores en otras muchas condiciones de trabajo, por no citar la situación de seguridad y salud laboral.

Ciertamente los efectos de un mercado de trabajo dualizado son más acusados de lo que pudiera pensarse. Por ejemplo, en la encuesta de estructura salarial, conforme a los datos de 2006 (publicados en noviembre de 2008³¹) la ganancia media de un trabajador fijo era de 21.690 euros; la de un trabajador temporal era solamente de 14.624 euros.

Puede verse, así, que la contratación temporal se utiliza como vía de precarización y para reducir el diferencial salarial que tenemos frente a otros Estados, al que ya me referí, especialmente en determinadas actividades.

Esa vía es socialmente injusta y discriminatoria porque, al recaer sobre los trabajadores temporales, afecta en mayor medida a mujeres, a jóvenes y a inmigrantes, contribuyendo a incrementar la segmentación de los trabajadores.

Era urgente, pues, actuar sobre la contratación temporal para reducir esa dualización y fomentar un empleo más estable, un empleo que potencie una mayor vinculación a la empresa, mejore la formación de los trabajadores y, en su caso, permita diluir los efectos de posibles ajustes entre todos los empleados, no haciéndolos recaer especialmente sobre los trabajadores temporales o, en su caso, sobre los que prestan servicios para empresas contratistas y subcontratistas.

³⁰ Piénsese que la media de antigüedad de los despedidos con contrato indefinido en 2008 – y no parece que los datos hayan variado en 2009 y en 2010, más bien habrán ido a la baja -, era de 4,3 años. Al respecto García Serrano, C., Malo Ocaña, M.A. y Pérez Infante, J. I., “Dos cuestiones clave de la reforma laboral: despidos y negociación colectiva”, *Temas Laborales*, 107/2010, pág. 69.

³¹ Ver tablas estadísticas y nota de prensa de 5 de noviembre de 2008 en Instituto Nacional de Estadística (Encuesta de estructura salarial 2006, resultados definitivos).

Claro es que esto, la reducción de la dualización, no puede hacerse a costa de precarizar a todos los trabajadores, ni tampoco a costa de reducir la protección a extremos que harían irreconocible el ordenamiento laboral, al menos, en su dimensión tuitiva.

La reforma de la contratación laboral aparece así como imprescindible para evitar la segmentación laboral y social y para favorecer ajustes más razonables frente a la crisis; sin impedir el exceso en el recurso a la contratación temporal, no se evitará lo anterior ni se reorientará a los empleadores hacia las medidas de ajuste conservacionista.

Todo ello debería en su caso formar parte de un conjunto de medidas que tendiesen a fomentar las soluciones de ajuste defensivo conservador, por ejemplo mediante el reparto del trabajo a través de la reducción de jornada (modelo alemán) disminuyendo su coste para el empleador, y mediante la potenciación de la flexibilidad interna, incluyendo, en su caso, el descuelgue salarial que ciertamente es muy rígido en muchos convenios, además de que debería abrirse camino el descuelgue parcial, frente a la flexibilidad excesiva en la entrada y salida en el trabajo. Ciertamente en estas materias se ha actuado en la reforma laboral, en algunos casos con medidas que pueden ser acertadas pero que pierden sentido al no integrarse en un conjunto equilibrado en el sentido expuesto, lo que hace, por otro lado, que la reforma se presente como sesgada y perjudicial en su conjunto para los trabajadores.

También habría que analizar problemas reales como el absentismo o la productividad, pero dimensionándolos correctamente.

Incluso debe tenerse en cuenta que el incremento de la productividad, que en muchos casos es calidad (casi siempre debería serlo en la mayor parte del sector servicios), sin unas personas formadas y vinculadas a la empresa es impensable.

En otro orden de cosas en muchos aspectos las posibles rigideces denunciadas y que pueden ser reales en algún caso, no vienen de las normas laborales, que desde 1994 se han flexibilizado bastante, sino, en su caso, de las prácticas de la negociación colectiva.

Baste ver un ejemplo relativo a los salarios, cuya supuesta rigidez tanto se ha cuestionado por quienes defendían la necesidad de la reforma laboral y ahora se sigue cuestionando.

La encuesta de estructura salarial de 2006, a la que ya aludí, señala que el salario bruto mensual se compone de un 62,4 % de salario base en los hombres y un 68,6% en las mujeres; un 0,8 y un 0,3% respectivamente corresponde a pagos por horas extraordinarias; finalmente, un 31,6% y un 25,6% respectivamente corresponde a complementos salariales.

Un porcentaje de complementos de entre un cuarto y un tercio del salario completo no parece mal porcentaje en términos globales.

La ley permite determinar en los convenios los complementos que deben existir y vincularlos en consecuencia a la productividad, la calidad y la situación y resultados de la empresa; además, la ley remite a los convenios y en su caso a los acuerdos entre las partes determinar el carácter consolidable o no de estos complementos.

No parece que esta regulación legal y ese resultado global sean rígidos ni parece que impidan vincular salarios y productividad en términos razonables e incluso manteniendo referenciados al IPC los salarios base, lo que parece una opción bastante sensata. Habrá que cuestionarse, pues, si en la negociación colectiva pesan demasiado los complementos personales y consolidables, pero ese será un problema específico de cada convenio, de cada sector, de cada empresa.

La solución lógica parece ser, pues, analizar en cada proceso de negociación los elementos de excesiva rigidez que puedan existir en la determinación de los complementos salariales; en todo caso cualquier rectificación que los anude a la situación de la empresa debe hacerse bidireccionalmente; esto es, no sólo ajustar los complementos en momentos de crisis, sino también en los momentos de crecimiento de los resultados empresariales o de ganancia de productividad tal como ya anticipé que, por ejemplo, se ha producido en 2010.

Por otro lado, es cierto también que la rigidez salarial puede contemplarse desde la situación de las empresas en crisis; en efecto, puede no ser racional que en momentos de crisis y con subida del IPC por debajo del 1%, el coste salarial creciese en algún momento el doble. Es cierto que la tendencia ha cambiado en los últimos meses. Posiblemente la herencia de cláusulas salariales en convenios plurianuales, en la que estaría la razón de aquél comportamiento, plantea problemas y puede no ser racional la regulación del descuelgue salarial por rígida, pero, como dije, también los salarios han sido muy rígidos en épocas de bonanza creciendo menos que los beneficios empresariales; a su vez, el régimen del descuelgue tampoco tenía una rigidez impuesta por la regulación legal, que más bien remitía a las partes negociadoras con casi total libertad la determinación de las condiciones del mismo.

Si se quiere una mayor variabilidad salarial ésta habrá de jugar en los dos sentidos y deberá analizarse en cada convenio en concreto las rigideces pues, si es que existen, no parecen venir de la norma legal.

Esto mismo cabe extenderlo, en general, a casi todas las medidas de flexibilidad interna y de descuelgue del convenio. En relación con ellas, cualquier medida que se establezca debería negociarse colectivamente para impedir que lleve a una individualización de las relaciones laborales, especialmente en aspectos tan esenciales del régimen de la relación laboral, lo que podría conducir a la directa imposición de condiciones por parte del empleador y al consiguiente reforzamiento de sus poderes más allá de toda lógica, cuestionando seriamente la protección de los derechos de los trabajadores, algo que la reforma laboral aprobada ha potenciado, al permitir que los descuelgues del convenio se negocien por comisiones elegidas directamente por y de entre los trabajadores, lo que, además de plantear problemas de constitucionalidad al afectar a la eficacia vinculante de los convenios colectivos, incrementa las posibilidades de “dumping social” en cada empresa y de presiones de los empleadores sobre los trabajadores, incluso sobre los portavoces elegidos, a los que no se les equipara en protección a los representantes legales de los trabajadores, para que acepten las medidas

que interesen al empleador, lo que se agrava más al presumirse legalmente, si existe acuerdo, que concurre causa legal para la citada modificación de descuelgue, bien del salario, bien de las otras condiciones del convenio sectorial en que se admite (distribución de jornada, horario, turnos, sistemas de retribución, trabajo y rendimiento y ciertas reglas sobre movilidad funcional) o de todas en el convenio de empresa .

Frente a la intervención legal que se ha producido y que, por general, puede ser excesiva en algunos ámbitos e inadecuada en otros, hubiese sido más lógico potenciar la negociación colectiva y analizar en cada convenio aquellos elementos o medidas que podrían introducirse al efecto de compatibilizar una gestión laboral flexible con un grado de protección suficiente para los trabajadores.

Ahora bien, pensar que el incremento de las posibilidades de gestión flexible solucionará por sí sólo los problemas laborales es irreal; la experiencia pasada lo demuestra. Esa posibilidad de gestión más flexible cobrará sentido en orden a mejorar la calidad del empleo si se actúa simultáneamente, y en este caso las soluciones han de venir de la norma estatal, sobre el exceso en la contratación temporal y en la descentralización y externalización productiva.

Si se evita ese recurso abusivo a la contratación temporal y a la externalización, muchos empleadores volverán la vista hacia los elementos de flexibilidad que existen en la ley y en muchos convenios que recogen instrumentos de gestión flexible (por ejemplo reglas sobre bolsas de horas y distribución flexible de la jornada), o llevarán a las mesas de negociación sus planteamientos en la materia, hoy bastante olvidados porque sustituyen esa flexibilidad interna por la de entrada y salida, ajustando sus oscilaciones productivas mediante variaciones rápidas en el volumen de empleo y no a efectos de repartir el restante, sino a efectos de reducir el número de trabajadores.

En resumen, el marco de reformas razonable era, en mi opinión, el que se debería haber concretado en realizarlas para reducir la contratación temporal y la subcontratación directa e indirecta (con especial atención a la limitación de las empresas multiservicios), para fomentar medidas laborales defensivas ante la crisis (reducción de jornada), para replantear el empleo de los jóvenes y las subvenciones a la contratación y, simultáneamente, para prestar mayor atención a la negociación colectiva, permitiendo mejorar su estructura y articulación para que sea un instrumento eficaz para introducir y gestionar la flexibilidad que pueda ser razonable en cada ámbito, en cada sector.

Es cierto que, sin un cambio del modelo productivo, será difícil evitar efectos acordeón en el empleo y fomentar el crecimiento de un empleo de mayor calidad en un marco de empresas más dinámicas y flexibles, pero ese conjunto de medidas podrían tener un cierto efecto para evitar mayor destrucción de empleo y, sobre todo, para contribuir a que en crisis futuras los ajustes en la producción, en la actividad empresarial, se realicen de un modo distinto, evitándose una destrucción masiva de empleo como la que se ha producido en esta crisis.

7. UNA PRIMERA VALORACIÓN GENERAL SOBRE LAS MEDIDAS ADOPTADAS Y UNAS PREVISIONES DE FUTURO

Pues bien, la conclusión lógica tras este análisis general, no puede ser otra que señalar que la reforma laboral introducida no camina en la dirección que he defendido y presenta algunas paradojas. Además, aunque siempre es difícil prever el futuro, me atreveré a avanzar algunas evoluciones probables.

7.1. Las paradojas: fracaso del diálogo social, medidas estructurales y diferidas.

La reforma que se ha hecho presenta algunos aspectos paradójicos. En mi opinión pueden resaltarse los siguientes:

1º) El fracaso del diálogo social.

El primero de ellos es que la reforma legal llega tras el fracaso de un proceso de diálogo social que, realmente, estaba abocado a ese final desde su principio.

Puede decirse que no ha sido inusual que las reformas legales llegasen tras el fracaso del diálogo social y es cierto, pero pocas veces era tan evidente que ese proceso de negociación no podía dar resultados, no iba a darlos.

En ello influían muchos factores, pero esencialmente había tres que no se dieron en otras ocasiones; el primero, la absoluta discrepancia de los negociadoras en torno a las causas de la crisis y, en consecuencia, de las medidas que debían adoptarse, discrepancia mucho más intensa que en otras ocasiones.

El segundo, la falta de liderazgo en la CEOE por la situación de su presidente que influyó en una real paralización en la adopción de decisiones y que se convirtió en un serio freno para cualquier proceso de negociación.

El tercero, la propia obstaculización del Gobierno al diálogo social, con su permanente amenaza de que regularía en caso de fracaso del diálogo pero sobre todo, pues eso tampoco sería una absoluta novedad, sus gestos, documentos y declaraciones que indicaban que lo haría aproximándose a las propuestas que llegaban desde ámbitos externos y que podían estar más cercanas a los deseos empresariales que a las posiciones sindicales. Con esa actitud se desincentivaba la negociación; desde los sectores empresariales podía pensarse en la inutilidad de hacer concesiones en un proceso negociador si su fracaso conduciría a una regulación legal favorable a sus posiciones; desde el punto de vista sindical, el avance del proceso negociador y la aceptación en él de ciertas reformas se veía como la determinación de una base mínima que se daría por aceptada y que, ante el fracaso, motivaría que se partiese de ella para endurecer las medidas lo que llevaba a aceptar lo menos posible o nada.

No deja de ser paradójico que se mantuviese así este diálogo en el que nadie confiaba y que el Gobierno, además, fuese receptivo a las propuestas de organismos supranacionales que ni habían sabido prever la crisis, ni la habían sabido gestionar, ni eran objetivos en sus planteamientos, claramente ideologizados e influenciados por posiciones políticas concretas³².

³² Son muy reveladoras las noticias acerca de la auditoria del propio Fondo Monetario Internacional sobre su actuación en la crisis, no ya por el reconocimiento del fracaso de la misma, sino porque el informe auditor señala que ello se debió en buena medida a presiones políticas, autocensuras y batallas internas (ver la noticia de *El País* del día 10 de febrero de 2011. Reconocido lo anterior, que parece que puede

Fracasado el diálogo el Gobierno reguló y su regulación ha producido, como ya dije, honda insatisfacción. Para unos es insuficiente, sin que se sepa muy bien por qué, posiblemente porque no coincide totalmente con las propuestas más duras que algunos pensaron que adoptaría el Gobierno a la vista de sus gestos; para otros es equivocada, ya en el plano técnico, ya en la dirección adoptada y de ahí el intento de los medios sindicales de revertir esta reforma con la iniciativa legislativa popular que promueven.

En otras ocasiones, las reformas fueron consensuadas o, al menos, aceptadas por una de las dos partes que habían participado en el diálogo social (por ejemplo reformas sobre el trabajo a tiempo parcial), o, incluso, las no consensuadas dejaron satisfecha al menos parcialmente a una de las partes negociadoras. En este caso parece que no ha sido así.

2º) La existencia de medidas estructurales

La segunda de las paradojas que pueden detectarse es que la reforma, pese a que podría enmarcarse en las de tipo coyuntural, de respuesta a una situación de crisis, se plasma en el plano normativo en muchas medidas y de ellas algunas pueden tener, ciertamente, un carácter coyuntural, pero otras muchas no sólo afectan al núcleo duro del ordenamiento laboral, sino que tienen una vocación de permanencia evidente pretendiendo, precisamente introducir cambios en dicho ordenamiento que desplegarán sus efectos a largo plazo, sin que sean medidas reversibles una vez superada la crisis³³.

Incluso podría pensarse que algunas medidas están pensadas para desplegar sus efectos ante la salida de la crisis o ante crisis futuras.

Así las medidas sobre regulación de determinados contratos – no sobre otros aspectos -, despido y flexibilidad tienen, en general ese carácter, como también lo tienen la legalización de las agencias privadas de colocación, las reglas sobre empresas de trabajo temporal, etc.

Esto, en mi opinión, cuestiona aún más la razonabilidad de regular esas materias con urgencia y en el marco general de la crisis, pareciendo más un mensaje hacia el exterior, para atender las presiones sobre modificaciones en nuestro régimen de relaciones laborales, que una respuesta a los posibles desajustes reales del mismo. Dicho esto y de ser así, no se privaría de razones a las reformas, pero éstas se encontrarían más en el ámbito externo al mercado de trabajo que en su propia configuración y ordenación. Las razones serían de tipo económico y financiero vinculadas a la recuperación de la confianza en la economía española. A partir de ahí puede cuestionarse si era el camino correcto para ello, si se ha conseguido, si el precio era excesivamente elevado, etc., pero desde luego las justificaciones no se podrían buscar en el plano estrictamente laboral.

Por otro lado, no deja de ser sorprendente que medidas que nacieron como coyunturales, como el contrato para el fomento de la contratación indefinida se conviertan prácticamente en permanentes, aunque posiblemente lo estructural más que

extenderse a todas las instituciones que tuvieron idéntico comportamiento ¿Qué fiabilidad puede concederse a sus recomendaciones-órdenes para remontar la situación de crisis?

³³ Al respecto Cruz Villalón, J. “Algunas claves de la reforma laboral de 2010”, op. cit. págs. 42 y 43.

la pervivencia del propio contrato sea la dirección que marca hacia la reducción, al menos en algunos supuestos, de la indemnización por despido improcedente.

3º) El desajuste entre objetivos de la reforma y medidas.

Enlazando con lo anterior, aparece otra paradoja. El evidente desajuste entre alguno de los objetivos declarados por la ley reformadora y su contenido.

En efecto, si se atiende al preámbulo de la Ley 35/2010, se nos señala que el objetivo fundamental de la norma es contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de las empresas españolas.

Llama la atención que se alude a este elemento de la productividad cuando las cifras evidencian lo contrario, otra cosa es que se aludiese a competitividad pero ello debería abordarse desde otras perspectivas: formación, innovación, reducción del alza del IPC, etc.

Bien, establecidos esos objetivos, la norma apunta en tres direcciones para ello: reducir la dualidad de nuestro mercado de trabajo impulsando la creación de empleo estable y de calidad; reforzar los instrumentos de flexibilidad interna y en especial la reducción de jornada; y, finalmente, mejorar las posibilidades de empleo, con particular atención a los jóvenes, haciendo más atractivos los contratos formativos, reordenando las bonificaciones y mejorando los mecanismos de intermediación laboral.

Si esos son los grandes objetivos, no se entiende la importancia dada a las medidas en torno al despido, pese a las consideraciones que también hace el preámbulo al respecto y sobre todo no se van las “grandes actuaciones” en materia de contratación que van a reorientar hacia un empleo estable y de calidad³⁴, pero, sobre todo, no se aprecia la manera de que este crezca si no cambia el modelo productivo y claro, ese es un aspecto no laboral, totalmente al margen de la ley reformadora.

Los dos grandes objetivos de la norma: lucha contra el desempleo e incremento de la productividad – entendida en términos de competitividad que es lo único que hace lógica esa mención -, quedan al margen de las medidas adoptadas.

El crecimiento del empleo va a depender del ciclo económico y este no se va a ver sustancialmente influido por cambios en la regulación del mercado de trabajo como los que se han producido, tal como ya razoné.

La competitividad, como también he dicho, no depende tampoco sustancialmente de aspectos laborales, salvo que se produjese una regresión salarial muy notable.

Me parece, pues, que los objetivos son otros y por eso las medidas son las que son; se trata sustancialmente de lanzar un mensaje hacia el exterior y de reforzar los

³⁴ Más sorprendente aún es que alguna de las medidas adoptadas que parecían caminar en esa medida hayan quedado sin efecto posteriormente (encadenamiento contractual), lo que confirma que la opción empresarial seguía siendo apostar por la contratación temporal y que llegado el límite temporal del encadenamiento preferían cesar al trabajador y sustituirlo por otro.

poderes empresariales e introducir ciertos elementos de privatización y desregulación, en la línea de las ideologías imperantes.

Es cierto que con menor intensidad de que la se exigía desde algunos ámbitos, por eso la reforma les parece insuficiente, pero no por ello menos lesivos para los derechos de los trabajadores, sin que se aprecia muy bien, insisto, en el plano estrictamente laboral y al margen de esas otras explicaciones extralaborales, a cambio de qué, para qué y con qué utilidad, algo a lo que también me referiré luego.

4º) La existencia de medidas diferidas en su aplicación: el abuso del real Decreto-Ley.

Otra paradoja de la actuación normativa es que en una norma que se pretende urgente, deriva de un Decreto-Ley, se introduzcan medidas de aplicación muy diferida en el tiempo³⁵, no ya sujetas al desarrollo reglamentario en bastantes casos, sino en algunos casos meramente programáticas que habrá que ver si se cumplen o no y que en general requieren de nuevos proyectos de ley o responden a procesos de negociación social en marcha cuyo final se desconoce (reforma del proceso laboral, reforma de la negociación colectiva, fondo de capitalización del despido, etc.).

Incluso en otros casos es la propia norma reformadora la que difiere la entrada en vigor de las medidas que establece, para lo que se utilizan generalmente dos técnicas: una, declarando que las medidas solamente son aplicables a las contrataciones efectuadas con posterioridad a su entrada en vigor – normalmente desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley que le precedió - (por ejemplo, reglas en materia de contratación: disposiciones transitorias primera y segunda, o el abono de parte de la indemnización por el FOGASA, disposición transitoria tercera, etc.); otra, fijando directamente fechas concretas de efectos para la aplicación de las medidas adoptadas, bien estableciendo periodos transitorios muy prolongados, como es el caso de la nueva indemnización por finalización de los contratos temporales, que conforme a la nueva Disposición transitoria 13ª del ET, que introduce la Ley 35/2010, se irá aplicando progresivamente a los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2012 (año y medio después de una norma aprobada como urgente), bien estableciendo un período de demora para que puedan negociarse medidas alternativas, como en la determinación de los trabajos peligrosos en los que se limitará la actuación de las empresas de trabajo temporal, dando a la negociación colectiva un plazo que finaliza el 31 de marzo de 2011, conforme a la Disposición adicional segunda de la Ley 14/1994, de 1 de junio, en la nueva redacción que le da la Ley 35/2010).

No puedo dejar de señalar, aunque ya sea anecdótico al haber sustituido la Ley 35/2010 al Real Decreto-Ley 10/2010, que la presencia de estas medidas de eficacia diferida o de carácter programático cuestiona, una vez más, la técnica del recurso al Real Decreto-Ley, institución que debe quedar limitada a reformas urgentes, sin que se aprecie la urgencia de medidas cuya aplicación en el tiempo va a demorarse tanto o que incluso no es seguro que llegue a producirse.

Por otro lado, la presencia de esas medidas reafirma la idea que ya expuse de que en buena parte, las medidas adoptadas están pensadas para desplegar sus efectos

³⁵ Al respecto Cruz Villalón, J. “Algunas claves de la reforma laboral de 2010”, op. cit. págs. 43 y siguientes.

cuando se retome la normalidad, o al menos una cierta normalidad de la situación económica sin que sean una auténtica respuesta a la situación de crisis³⁶.

7.2. La valoración de las medidas.

Como dije la reforma emprendida no creo que camine en la dirección adecuada.

No lo hace porque mantiene el denominado despido “exprés” y facilita en general la extinción contractual por iniciativa del empleador, abaratándola y extendiendo el contrato de fomento de la contratación indefinida, que prácticamente se generaliza y que en ciertos despidos reduce la indemnización a 33 días de salario por año.

Además, se abaratan también bastantes despidos mediante la socialización de parte de la indemnización, 8 días por año, que ya no será abonada por el empleador.

El despido aparece así como más sencillo y barato; en consecuencia, es muy posible que la mayor parte de empleadores sigan utilizando esa vía antes que las de ajuste defensivo.

Por otro lado, los efectos de una reducción del control judicial y una auténtica descausalización del despido, pues la causa se relativiza mucho en la medida que se sigue admitiendo que puede directamente reconocerse la improcedencia, son muy negativos, sin olvidar que se reducen los supuestos de nulidad de las extinciones por causas objetivas, eliminando la nulidad por razones formales, regalo inesperado, sin duda, para los empleadores.

Se camina, pues, en la dirección de facilitar y abaratar el despido.

Por el contrario, no se actúa con la misma intensidad contra la contratación temporal, no solamente porque se eliminan limitaciones y restricciones al uso de las empresas de trabajo temporal y se legalizan las agencias privadas de colocación, sino, sobre todo, porque no se insiste en recuperar la causalidad de la contratación temporal.

Así, no se desvincula el contrato de obra de las contratas y subcontratas, algo que hubiese sido absolutamente necesario y no se incide sobre el encadenamiento de trabajadores en un mismo puesto de trabajo, algo que sigue remitido a lo que pueda pactarse cuando es evidente que nada se ha avanzado al respecto y que ahí está la causa de la exagerada rotación de contratos. En este sentido, parecen muy insuficientes unas medidas que meramente retocan el encadenamiento de contratos con un mismo trabajador, que no es el problema esencial, o incrementan ligeramente y a muy largo plazo la indemnización de los contratos temporales, medidas acertadas pero de muy escaso calado.

En cuanto a la limitación temporal del contrato de obra o servicio que se ha introducido es poco lógica desde el plano conceptual. Si este contrato tiene causa de temporalidad, la limitación temporal (además a tres años, ampliables, lo que parece un

³⁶ Como expone con acierto Cruz Villalón, J. “Algunas claves de la reforma laboral de 2010”, op. cit. pág. 45, muchas medidas parecen estar pensadas para cuando se retome la senda del crecimiento.

plazo muy prolongado) es ilógica, pues la duración la determinará la propia causa y ello nunca se ha entendido como precarizador; por el contrario, si no la tiene, no debería admitirse y ese es el caso de su vinculación a la contrata, introducida por la jurisprudencia en una dirección absolutamente desacertada y, aquí sí, precarizadora.

En todo caso es una medida que, ciertamente, puede contribuir a una mayor estabilidad, pues es indiscutible que llegado un cierto tiempo un contratado por obra pasa a ser un trabajador fijo, aunque la aplicación de la medida puede ser problemática porque esto se establece para los contratos nuevos, los que se realizan a partir de la entrada en vigor de la Ley 35/2010. Puede ocurrir que los trabajadores de mayor antigüedad sean los contratados con anterioridad y para ellos no se prevé la adquisición de la fijeza. No deja de ser absurdo que se convierta en fijo un trabajador de menor antigüedad que otro de mucha mayor antigüedad, sujetos ambos al mismo contrato; sin duda, la aplicación de esta norma o se generaliza o dará lugar a numerosos conflictos.

La actuación sobre la flexibilidad interna es menor, sin duda porque el marco natural para ella es la negociación colectiva, pero incluso en este sentido lo que se ha hecho es muy negativo en algunos casos, pues abre una peligrosa posibilidad de individualización de las relaciones laborales, permitiendo cuando no existan representantes unitarios negociar pluralmente y por los propios afectados y en cada centro de trabajo sobre los descuelgues de los convenios. ¿Es constitucional esa medida? ¿Dónde queda la eficacia vinculante de los convenios que la Constitución ordena a la ley garantizar?

Otras medidas son más acertadas, por ejemplo las adoptadas en materia de reducción de jornada o incluso la idea de que el descuelgue salarial tenga un papel relevante, lo que es correcto, pues es la medida de ajuste más razonable en situaciones de crisis, en cuanto que mantiene el empleo. Otra cosa es que la regulación haya sido más o menos afortunada. También es razonable la apuesta por los sistemas de solución extrajudicial, aunque su aplicación práctica va a depender de la actuación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas que me parece que es poco receptiva a la introducción de elementos de obligatoriedad, lo que podría salvarse mediante el respeto al derecho de huelga y una generalización de los compromisos al respecto, no sólo en los temas en los que los trabajadores tienen una cierta capacidad de bloqueo, sino también en otros atribuidos a la decisión del empleador, porque en caso contrario la medida aparece como sesgada en perjuicio de los trabajadores, como unidireccional y, por tanto, difícil de aceptar por las organizaciones sindicales.

Pero, sobre todo, me parece erróneo el conjunto, pues con tanta flexibilidad en la contratación, la externalización de actividades y el despido, creo que los ajustes se seguirán produciendo mediante la reducción de plantillas y no a través del reparto y reorganización del trabajo, no mediante la flexibilidad interna.

Frente a todos esos problemas, otras medidas que pueden ir en la dirección acertada, aunque generalmente con poca nitidez y valentía y con algunas dudas en cuanto a su aplicación concreta (reducción de jornada, contratación de jóvenes, replanteamiento de las bonificaciones en la contratación), quedan muy en segundo plano.

La reforma es así criticable, no sólo por algunas cosas que regula, sino también por otras que omite y aunque, lógicamente, una reforma de ese calado resulta de valoración compleja y contiene aspectos positivos, neutros y negativos – algunos de gran importancia -, en mi opinión es una reforma que pudiera resultar:

- Ineficaz, en cuanto no aborda los problemas reales de las relaciones laborales y tampoco responde a la necesidades de la mayor parte de nuestros empresarios.
- Contraproducente pues en la medida que insiste en la vía de regresión de los derechos laborales puede dificultar la recuperación del consumo interno por dos razones: la disminución de las rentas disponibles por la mayor parte de la población y la restricción del gasto provocada por el temor a una mayor inestabilidad laboral.
- Injusta socialmente, en cuanto hace recaer los efectos de la crisis sobre quienes no la han provocado ni se han beneficiado de ella (trabajadores privados y públicos, pensionistas).

7.3. Las previsiones de futuro.

No quiero finalizar sin referirme muy brevemente a lo que ya está pasando tras la aplicación de la Ley 35/2010 y a lo que puede seguir pasando.

Pudiera pensarse que es algo prematuro hacer esta valoración, pero desde mi posición cabe ya análisis al respecto.

Ya señalé que se había frenado bastante la destrucción de empleo, la caída del consumo privado y en general la caída del PIB, a lo largo de 2010, sin relación, pues, con las medidas de reforma laboral, lo que evidencia que la crisis depende del ciclo económico y no del marco laboral.

Subsisten problemas, ciertamente, como la caída del consumo público por los problemas de financiación – que incluso puede estar contenida ante la proximidad de unos procesos electorales y agudizarse tras la realización de los mismos –, o los problemas del sector de construcción que aunque presente un repunte está muy lejos de normalizarse, pero parece que es cierto que lo peor de la crisis ha pasado aunque la recuperación será lenta.

En el plano laboral, se puede hacer una valoración porque las medidas esenciales insisten en líneas precedentes (reducción del coste del despido para el empleador, ligero endurecimiento de la contratación temporal, incremento de la flexibilidad interna, etc.). Son medidas que desde las reformas de 1994 y 1997 vienen ya aplicándose y por tanto el medio plazo – incluso el largo plazo en términos laborales – permite analizar lo que se ha producido tras la reforma para analizar si se mantienen las tendencias o si se ha producido alguna inversión en las mismas.

Pues bien, pese a que todos desearíamos la conclusión contraria, los datos parecen avalar la idea de la continuidad y por tanto la inutilidad de las medidas adoptadas al menos en cuanto a algunos de sus objetivos esenciales: reducir el desempleo y contribuir a crear empleo más estable y de calidad.

En efecto, las cifras³⁷ evidencian lo siguiente:

1º) Ha decrecido el número de trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo pero no los litigios por despidos. En el período del 3º trimestre de 2010 se produjeron ERES que afectaron a poco más de 88.000 trabajadores, aunque solo unos 12.000 trabajadores se vieron afectados por medidas extintivas, mientras que en igual período del año anterior los afectados fueron más de 172.000 trabajadores de ellos unos 14.000 por medidas extintivas. En los asuntos judiciales por despido de unos 26.000 en ese mismo período de 2009 se ha pasado a algo más de 20.000 en 2010, si bien afectando a más de 25.000 trabajadores (no se disponen de datos del tercer trimestre de 2009, pero sí del primer trimestre de 2010, en el que se vieron afectados 28.000 trabajadores). En los asuntos de despido conciliados en el SMAC podemos comparar algún mes más; así en el período julio-octubre de 2009, se produjeron unas 12.000 conciliaciones con avenencia en materia de despido, frente a unas 8.000 en el mismo período del año 2010.

Las conclusiones parecen claras, hay menos despidos, pero la vía preferente sigue siendo el despido individual, frente al expediente de regulación de empleo.

En cuanto a la contratación los datos son evidentes.

En el período julio a noviembre de 2009 se hicieron aproximadamente 542.000 contratos indefinidos y 5.722.000 temporales. En el mismo período del año 2010, 511.000 indefinidos y 5.890.000 temporales.

Incluso entre los indefinidos, sorprendentemente no ha crecido el uso del contrato para el fomento de la contratación indefinida. Frente a 255.000 indefinidos ordinarios en ese periodo del 2009, en el mismo período del 2010 se realizaron casi 250.000. Indefinidos de fomento se realizaron unos 287.000 en el período indicado de 2009 (de ellos más de 204.000 por conversión de contratos temporales), en el mismo período del 2010 se han realizado menos de 222.000 (de ellos algo más de 166.000 por conversión de contratos temporales).

En definitiva no parecen haber cambiado las prácticas de contratación ni de despido, aunque los datos de algún mes reciente parecen indicar un ligerísimo repunte de la contratación indefinida.

En cuanto al desempleo sigue creciendo aunque más moderadamente, unas 130.000 personas en enero de 2011, pero en enero de 2010 fueron menos, unos 124.000, aunque en el conjunto del 2010 se ha moderado ciertamente la destrucción de empleo – antes y después de la reforma laboral -. No deja de ser curioso apuntar de todas formas que el paro registrado cayó de marzo a julio de 2010, pero desde entonces ha vuelto a crecer ligeramente pero de forma constante.

La evolución salarial ya señalé, por otro lado, que ha sido a la baja, decreciendo el coste laboral unitario y los salarios³⁸.

³⁷ Datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración y del Servicio Público de Empleo. Pueden encontrarse en las estadísticas disponibles en www.mtin.es y en www.redtrabaja.es

³⁸ Como ya dije el coste laboral por hora trabajada no creció en 2010, mientras que la productividad por hora trabajada creció hasta un 2%, como consecuencia el coste laboral por unidad producida bajó más del

Me parece, pues, que la reforma ni está contribuyendo a crear empleo – ello depende del ciclo económico – ni a crear empleo de más calidad, pues no se ven datos que apoyen esa posibilidad y, desde luego, se ha producido una cierta regresión de derechos laborales, aunque tampoco la disminución del coste salarial le sea imputable, pues se debe más a la propia situación económica y a la debilidad que genera para mantener, incluso, los incrementos pactados en años anteriores.

Si esto es así, la reforma no estaría cumpliendo los objetivos para los que se adoptó, al menos los declarados y debería replantearse, por lo menos en algunos aspectos.

De lo contrario se puede afirmar, como se ha dicho, que este conjunto de medidas: *“nos coloca desde luego lejos de las economías consolidadas respecto de las que acabamos ocupando una posición subalterna, y, en cambio, más cerca de las emergentes que ya compiten desde hace tiempo utilizando las recetas e instrumentos que ahora nos prescriben para salir de la crisis. Queda ya lejos, como si hubiera pasado una eternidad, todo el discurso de 2008 sobre la refundación del capitalismo y el gobierno y control de los sistemas financieros, que vuelven a campar a sus anchas. Al contrario, recupera su hegemonía – si es que alguna vez la había perdido realmente – el discurso neoliberal, el de los “mercados”, que es precisamente el que ha causado la crisis económica. Los causantes de la crisis económica nos pasan ahora la factura para sacarnos de ella. Acabamos pagando a los incendiarios para que apaguen el fuego sin darnos cuenta de que estamos en mano de pirómanos”*³⁹.

Esperemos que no acabe siendo así, la recuperación del clima de concertación en el reciente Acuerdo social es un signo esperanzador y oportunidad hay para rectificar no todo, obviamente, pero si algunos aspectos especialmente negativos y regresivos de la reciente reforma laboral de 2010, cuyo contexto y valoración general, lógicamente subjetiva, personal y por tanto no neutral, he intentado transmitir.

1% en 2010. La retribución de los asalariados decreció en términos globales el 1,7%, pero deducida la pérdida de empleo, el decrecimiento por trabajador es del 0,4%.

³⁹ López Gandía, J. “La reforma laboral de 2010 y la evolución del Derecho del Trabajo: otra vuelta de tuerca”, op. cit. pág. 254

LA REFORMA LABORAL DE 2010 EN MATERIA DE INTERMEDIACIÓN Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: UN PASO MÁS EN LA RETIRADA DE LO PÚBLICO

Consuelo Chacartegui Jávega
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Pompeu Fabra

I.- Las reformas en materia de intermediación: el reforzamiento de la iniciativa privada a través de las agencias de intermediación con ánimo de lucro. II.- La reforma de las Empresas de Trabajo Temporal. 1.- Las condiciones de trabajo de los trabajadores puestos a disposición. 2.- La apertura de los trabajos peligrosos e insalubres y su dudosa adecuación a la normativa comunitaria. 3.- La supresión de las limitaciones de la contratación a través de Empresas de Trabajo Temporal por parte de la Administración Pública. 4.- Reflexión final. ¿Y hacia dónde nos conduce esta reforma?

I.-Las reformas en materia de intermediación: el reforzamiento de la iniciativa privada a través de las agencias de intermediación con ánimo de lucro

En materia de intermediación en el mercado laboral, el legislador se ha caracterizado en los últimos tiempos por continuas variaciones en el enfoque de sus políticas legislativas. Así, en el RD-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, se establecían acciones de mejora de la empleabilidad que combinaban actuaciones de orientación profesional y formación para el empleo. Para ello, los Servicios Públicos de Empleo destinaraban a la realización de los itinerarios individuales y personalizados de empleo para los colectivos priorizados, el número de orientadores, promotores de empleo y personal propio, que determinasen en función de los objetivos establecidos en el protocolo correspondiente. A este fin, podrían también contar con el apoyo de entidades colaboradoras (art. 3.3). El problema es, básicamente, el de la financiación de dichas previsiones, teniendo en cuenta la coyuntura económica.

Otro ejemplo de cambio de orientación legislativa lo tenemos en el RD-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo. En dicha norma se dio una nueva perspectiva a la manera de abordar la intermediación, al establecer medidas como “el fortalecimiento de los Servicios Públicos de Empleo en el marco del Sistema Nacional de Empleo”. A partir de la reforma que el RD 3/2001 llevaba a cabo sobre el art. 19 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, se creaba, por ejemplo, el catálogo de servicios a la ciudadanía de los Servicios Públicos de Empleo, que tiene por objeto “garantizar, en todo el Estado, el acceso en condiciones de igualdad a un servicio público y gratuito de empleo, y la igualdad de oportunidades en el acceso al mismo, constituyendo un compromiso de los Servicios Públicos de Empleo con las personas y empresas usuarias de los mismos”.

Entre los servicios que se tendrían que proporcionar a las personas desempleadas, se establece un diagnóstico individualizado sobre el perfil, las necesidades y expectativas de la persona desempleada mediante entrevistas personalizadas, para poder encontrar un empleo. También el diseño, elaboración y realización de un itinerario individual y personalizado de empleo que podrá incluir servicios de orientación e información para el empleo y autoempleo, de mejora de su cualificación profesional y de su empleabilidad, así como los contactos con las

empresas, entidades y organismos públicos para facilitar su inserción laboral. Funciones que, entre otros, también estarán llamados a cumplir los 1.500 orientadores laborales previstos por la Ley 35/2010.

Tras la lectura de estos dos preceptos quién diría que, sin embargo, la Ley 35/2010 incentiva todavía más el protagonismo a la iniciativa privada en la gestión de la intermediación, al permitir que las agencias de colocación puedan tener ánimo de lucro. Como ya se hiciera en la reforma de 1994, nuevamente se opta por la idea de pensar que la actuación fuera de lo público -a través de los entes privados- pueda favorecer la creación de empleo⁴⁰. Así, la opción entre la tensión existente entre el reforzamiento e intensificación de los entes público en materia de colocación o bien la apertura a los entes privados se resuelve a favor de lo segundo.

Es, por tanto, la primera vez que se permite el ánimo de lucro en el ámbito de la colocación⁴¹, incorporándose un nuevo art. 21 bis a la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, según el cual “a efectos de lo previsto en esta Ley se entenderá por agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el art. 20”. Al mismo tiempo, se da una nueva redacción al art. 16.2 ET, dando entrada -también en dicho texto- a las agencias de colocación con fines lucrativos, completado -en su desarrollo reglamentario- por el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación. Ésta es una importante modificación que puede incidir en una mayor fragmentación entre el papel que deben jugar los servicios públicos de empleo y el que deben desempeñar los entes privados, quedando todavía más estigmatizados los colectivos con más dificultades de inserción laboral -mujeres, jóvenes, discapacitados, mayores de 45 años, entre otros-.

Sin embargo, la desconfianza respecto a este tipo de agencias parece quedar plasmada cuando el legislador reitera en varias ocasiones la necesidad de garantizar el principio de igualdad en el acceso al empleo, sin que pueda establecerse ningún tipo de discriminación⁴², siguiendo así las previsiones del Convenio 181 de la OIT de 1997 y la LO 3/2007. Por otra parte, se extreman las obligaciones de las agencias de colocación en relación a cuestiones que ya figuran en otros textos legislativos vigentes -respeto a la intimidad del trabajador, cumplimiento de la normativa aplicable en materia de protección de datos, de la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social y de las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad (art. 21.bis.4 de la Ley 56/2003)-.

La autorización se regula en el art. 3 del RD 1796/2010, así como el Capítulo III (arts. 9 y siguientes) en lo que respecta al procedimiento. Es de destacar que la regulación del mismo. Así, las agencias «deberán obtener autorización del Servicio Público de Empleo Estatal cuando pretendan realizar su actividad desde centros de trabajo establecidos en diferentes Comunidades Autónomas, o del servicio equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que pretendan desarrollar su actividad desde centros de trabajo establecidos únicamente en el territorio de esa Comunidad». Destaca el protagonismo adquirido por las comunicaciones electrónicas (art. 9.2 del RD 1796/2010), tanto para la concesión de la autorización como para su ampliación y concesión, en la línea del art. 6 del RD 1796/2010, que otorga un papel clave al sistema telemático común, para así fomentar la comunicación permanente de datos e informaciones

⁴⁰ CASAS BAAMONDE, M^a E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C., «La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo», *Relaciones Laborales, Tomo I, 1994*, pág. 253.

⁴¹ Tal como señala RODRÍGUEZ-PINERO, M., “El nuevo régimen de las agencias privadas de colocación”, *Relaciones Laborales*, nº 3, 2011, “La Ley 35/2010 ha cerrado un largo período de monopolio público y de erradicación e interdicción de agencias privadas de colocación en un proceso que ha sido paralelo a la evolución del tratamiento de las agencias de privadas de colocación por parte de los convenios de la OIT”.

⁴² Ejemplos de tratos discriminatorios pueden encontrarse también en la jurisprudencia comparada. Vid. ROYSTON, T., *Agency Workers and Discrimination Law: Muschett v HM Prison Service*, *Ind Law J* (2011) 40 (1): 92.

entre los servicios públicos y las agencias privadas de colocación. También habrá de tenerse en cuenta para la autorización -o denegación- aspectos que comportan cierto margen de apreciación, como la solvencia técnica, la adecuación de los centros o la experiencia, sin que ello implique discrecionalidad⁴³.

En relación al papel que pueden desempeñar estas agencias y su encaje con los servicios públicos de empleo, el mismo art. 21 bis) de la Ley 56/2003, en su nuevo redactado, permite que dichas agencias realicen las actividades de intermediación a través dos formas: en primer lugar, como colaboradoras de los servicios públicos de empleo, y, en segundo lugar, realizando la actividad de forma autónoma pero coordinadas con los servicios públicos de empleo.

Paralelamente, se produce una notable apertura por parte de la Ley 35/2010 en relación al ámbito material de la actividad de colocación, básicamente en una triple dirección. Por un lado, atribuyéndoles un nuevo papel en las actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional. De esta manera, parece que las agencias de colocación se configuran así como las principales competidoras de los orientadores laborales. En segundo lugar, se amplía su actividad a la de selección de personal. En tercer lugar, extendiendo su actividad a la recolocación de los trabajadores (*outplacement*).

La intermediación laboral en su modalidad de recolocación se ha configurado con un carácter eminentemente colectivo. Así, el art. 20.2 de la Ley 56/2003 exige el requisito previo de que, para poder entrar a realizar por parte de dichas agencias una labor de intermediación en materia de recolocación, aquélla ha de haberse establecido o acordado con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación. Así, las agencias de recolocación podrán desarrollar su actividad en los despidos colectivos⁴⁴, en los que exige un plan social como requisito para iniciar el procedimiento, tal como prescribe el art. 9 del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, y éste sería su ámbito de funcionamiento más habitual y obligatorio para las empresas de cincuenta o más trabajadores. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el tejido empresarial español está formado mayoritariamente por pequeñas y medianas empresas, de menos de 50 trabajadores.

Una de las consecuencias más relevantes de la Ley 35/2010 en materia de intermediación es que tienen su plasmación en materia de Seguridad Social. El art. 231.1 de la LGSS queda modificado en algunos de sus puntos, dando entrada a la actuación de las agencias de colocación en el control de determinadas obligaciones que suscriben los trabajadores y los solicitantes y beneficiarios de las prestaciones por desempleo y que, hasta el momento, eran desempeñadas por los servicios públicos de empleo. Aquí la retirada de lo público se manifiesta mucho más relevante, ya que puede afectar directamente al disfrute de las prestaciones por desempleo del beneficiario.

Correlativamente, la legislación sobre infracciones y sanciones en el orden social queda así modificada en diversos aspectos. Por una parte, se consideran infracciones leves, el no comparecer, previo requerimiento, ante las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, o no renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda, salvo causa justificada –art. 24.3.a) LISOS-. En segundo lugar, constituye falta grave el rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por las agencias de

⁴³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El nuevo regimen de las agencias privadas de colocación”, Relaciones Laborales, nº 3, 2011.

⁴⁴ RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., Los mecanismos de intermediación laboral tras la reforma operada por el RD-L 10/2010. En especial, la aparición de las Agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, Lex Nova, 2010. Vid. en <http://www.reformalaboral2010.es>

colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, salvo causa justificada, o bien negarse a participar en las acciones de orientación e información profesional ofrecidas por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos –art. 25.4 a) y b) LISOS-.

El planteamiento, en este punto, es si las agencias privadas de colocación, con su posibilidad de intervenir en este tipo de cuestiones, no ponen en entredicho principios básicos del ordenamiento sancionador administrativo. Singularmente, la indefensión que puede crear en el administrado hace que podamos plantearnos la inconstitucionalidad de la nueva regulación. ¿Cuándo se va a dar al desempleado la posibilidad de presentar alegaciones? ¿Se tiene en cuenta, sin más, las razones alegadas por la agencia de colocación? ¿Cómo contrasta el servicio público de empleo el rechazo, por ejemplo, de una oferta de empleo adecuada?

Sobre esta cuestión, recordemos que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que la presunción de inocencia “garantiza el derecho a no sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente puede fundamentar un juicio razonable de culpabilidad” ([STC 138/1990, de 17 de septiembre](#)).

II.- La reforma de las Empresas de Trabajo Temporal

1.- Las condiciones de trabajo de los trabajadores puestos a disposición

Pasando a los aspectos que se abordan en la Ley 35/2020, se destaca en la Exposición de Motivos de dicha norma que ésta se adapta a la normativa comunitaria sobre la materia, en particular a la transposición de 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.

El art. 5 de la Directiva obligaba a aplicar el principio de igualdad de trato en las condiciones esenciales de trabajo, ya que según dispone dicho precepto “los trabajadores cedidos tendrán derecho a la aplicación «de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les correspondería de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para el mismo puesto de trabajo»⁴⁵. Dado que el art. 11 de la Ley 14/1994 contemplaba básicamente el salario, se ha dado una nueva redacción a dicho precepto para incorporar todas las condiciones esenciales de trabajo y empleo, entendiendo por éstas –según el inciso segundo del precepto- las referidas a la remuneración, duración de la jornada, horas extraordinarias, períodos de descanso, trabajo nocturno, vacaciones y días festivos⁴⁶.

⁴⁵ En este sentido, en el V Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, registrado y publicado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 23 de enero de 2008 (BOE de 8 de febrero), se recogen dichos derechos en los siguientes preceptos, que con carácter general se remiten al convenio colectivo de la empresa usuaria: jornada de trabajo (artículo 33.2), horas extraordinarias (artículo 34.3); jornada nocturna (artículo 35.2); descanso semanal y festividades (artículo 36.2) y vacaciones (artículo 41).

⁴⁶ Respecto a los aspectos silenciados por la norma, han señalado RODRÍGUE-PIÑERO ROYO, M., y CALVO GALLEGU, F.J., *La adaptación del marco normativo de las Empresas de Trabajo Temporal*, Relaciones Laborales, nº 21, 2010, que “llamativamente, no se extiende a otros aspectos como las licencias y permisos en donde no existe esta equiparación. En cualquier caso, el expreso tenor literal del segundo párrafo parece cerrar cualquier vía interpretativa que pretendiese ampliar o extender más allá de estos aspectos el pretendido ámbito legal de estas «condiciones esenciales”.

Asimismo, se modifica la anterior definición de remuneración - que ya había sido objeto de la reforma llevada a cabo por la Ley 29/1999, de 16 de julio⁴⁷ y que hablaba de retribución total calculada por unidad de tiempo-, al indicar que comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria y que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo⁴⁸. Esta conceptualización de la remuneración es heredera de la contemplada en el art. 32 del V Convenio Colectivo de Empresas de Trabajo Temporal⁴⁹ y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁰.

Otra de las cuestiones que ha sido resuelta por el Tribunal Supremo es que la garantía salarial queda referida “a los convenios en sentido amplio”, por lo que la equiparación del art. 11 de la Ley 14/1994 no quedaría únicamente limitada a los convenios estatutarios, sino también a los extraestatutarios y a los acuerdos de empresa⁵¹. Asimismo, también se incluyen las decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos, como condiciones más beneficiosas de carácter colectivo.

En cuanto a la legitimación que puedan tener los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria para la reclamación de las condiciones retributivas de los trabajadores puestos a disposición⁵², el Tribunal Supremo se ha manifestado en contra de esta posibilidad⁵³, puesto que el art. 17.1 párrafo segundo de la Ley 14/1994 únicamente contempla las posibilidades de actuación de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria en relación a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo lo que atañe a la prestación de servicios, “pero no en aquellas reclamaciones que hayan de formular frente a la empresa de la que dependen, como son las referidas al sistema retributivo, pues no cabe ignorar que la relación de trabajo se sostiene únicamente entre la empresa de trabajo temporal y sus trabajadores puestos a disposición, siendo obligación de ésta, tal y como se desprende del art. 12.1 de la norma citada, el cumplimiento de las obligaciones en materia salarial”⁵⁴. No obstante, no quedan incluidas las mejoras voluntarias, tal como también ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo⁵⁵, al entender que –en relación al complemento de incapacidad temporal establecido

⁴⁷ Sobre el tema, CABEZA PEREIRO, J., “Las empresas de trabajo temporal tras las reformas de 1999”, Actualidad Laboral, Tomo I, 2001, pág. 301, destacaba que “la equiparación por convenio no era la mejor manera de garantizar la igualdad salarial, sobre todo a causa del principio de reversibilidad de las condiciones obtenidas convencionalmente”.

⁴⁸ Sobre el tema de la vinculación al puesto de trabajo, vid. la STS 22-1-2009 (Ar. 2009\620), que cita algunos ejemplos de dicha vinculación directa, como el complemento de absentismo, puntualidad y asistencia.

⁴⁹ (BOE 8-2-2008)

⁵⁰ STS 7-2-2007 (Ar. 2007\1815), que concluye que la ayuda alimentaria –que compensa el hecho de que el trabajador realiza jornada partida- está comprendida en la garantía de la equiparación salarial.

⁵¹ Esta doctrina ha sido minuciosamente desarrollada por la STS 22-1-2009 (Ar. 2009\620), según la cual “el recurso a la mano de obra de las empresas de trabajo temporal sea efectivamente un medio para atender a necesidades temporales de la empresa usuaria y no, como venía sucediendo en la práctica alboral anterior a dicha Ley, un medio de reducir costes salariales”.

⁵² Sobre la dificultad de la representación de los trabajadores de empresas de trabajo temporal, vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., “Empresarios sin empresas y empresas sin empresarios: los problemas de la representación y negociación colectiva de los trabajadores de empresas de trabajo temporal”, Relaciones Laborales, núm. 6, 2006, pág. 65.

⁵³ Sí que se admite, por el contrario, la legitimación de la sección sindical cuando ésta ha acordado plantear un conflicto colectivo sobre la retribución que tienen derecho a percibir los trabajadores puestos a disposición por la empresa de trabajo temporal. Como es el caso de la STS 22-1-2009 (Ar. 2009\620), en la que la sección sindical de CC.OO formuló un conflicto colectivo para reclamar que se considerase también como salario determinados conceptos como los premios de absentismo trimestral, el premio ahorro de papelote anual, las primas de producción de calidad y los premios de puntualidad y asistencia mensual que figuraban en convenio colectivo extraestatutario.

⁵⁴ STS 27-4-2004 (Ar. 2004\3665)

⁵⁵ STS 18-3-2004 (Ar. 2004\3741)

por negociación colectiva- se trataría de una percepción que se produce cuando el contrato de trabajo está suspendido.

Respecto a la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo, se amplía el ámbito de responsabilidad subsidiaria a los conceptos indemnizatorios, tal como ya se había pronunciado la jurisprudencia⁵⁶. En relación a las cuantías indemnizatorias, se ha de hacer también referencia a la nueva redacción dada por la Ley 35/2010 al apartado 2º del art. 11 de la Ley 14/1994, en la que se refiere, en primer lugar, a la adecuación al art. 49.1.c) ET, de la indemnización por la finalización del contrato temporal, resultado de abonar la cantidad –o parte proporcional correspondiente- de 12 días por año de servicio⁵⁷, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación⁵⁸.

En segundo lugar, se establece que la indemnización pueda ser prorrateada durante la vigencia del contrato. Se plasma así legalmente la previsión convencional que, sobre esta misma cuestión, había venido realizando el art. 47 del Convenio Colectivo de Empresas de Trabajo Temporal⁵⁹. No obstante, dicho prorrateo plantea especiales dificultades en los contratos que poseen una duración incierta –tal podría ser el caso del supuesto de utilización por obra o servicio determinado-.

En relación a otros derechos que se abren a los trabajadores de empresas de trabajo temporal, destacan los dos nuevos apartados previstos en el art. 17 de la Ley 14/1994, ambos impuestos por la necesidad de transponer la Directiva 2008/104/CE. Por un lado, se añaden los servicios de comedor y guardería a los servicios comunes enumerados en el párrafo 2º. En segundo lugar, la empresa usuaria deberá informar a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquélla (art. 17.3 Ley 14/1994). Asimismo, mediante la negociación colectiva se adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias (art. 17.4 Ley 14/1994). Resulta muy importante que dicha formación se conecte con el ámbito de la prevención de riesgos laborales, teniendo en cuenta la apertura a trabajos peligrosos que se va a exponer a continuación.

2.- La apertura a los trabajos peligrosos e insalubres y su dudosa adecuación a la normativa comunitaria

⁵⁶ Así, la STS 30-9-2004 (Ar. 2004\6998) hace responsable del despido no sólo a la empresa de trabajo temporal, sino también a la empresa usuaria, por haber incumplido con las trabajadoras sus obligaciones legales como empresa usuaria, “al no haber respetado el objeto del contrato ni ejercitado debidamente su deber de dirección de la actividad de tales trabajadoras”.

⁵⁷ Hay que tener en cuenta que esta cuantía indemnizatoria de 12 días por año era ya la aplicable con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 35/2010 porque ya se preveía así por parte de la Ley 14/1994 para este tipo de extinciones. Por tanto, se sigue manteniendo la cuantía de 12 días por año, y no es aplicable la previsión que, respecto a la indemnización por finalización de los contratos temporales, ha realizado la Disposición Transitoria 13ª del Estatuto de los Trabajadores –según la cual se establece un plazo transitorio de aplicación según el cual se procede a una aplicación progresiva de la indemnización desde los 8 días por año hasta los 12 días que contempla la nueva redacción del art. 49.1.c) ET-.

⁵⁸ A destacar, en este punto, la indemnización específica que pueda establecerse en relación al contrato fijo de obra en la negociación colectiva, según lo previsto en la Disposición Adicional 3ª de la ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, pues este es un sector sobre el que se ha eliminado la prohibición de entrada que establecía la normativa sobre actividades peligrosas (RD 216/1999, de 5 de febrero), como se verá a continuación

⁵⁹ Art. 47. Extinción por finalización del contrato. 1. Los trabajadores de puesta a disposición tendrán derecho a percibir a la finalización de su relación laboral, por cumplimiento del contrato suscrito, la indemnización económica legalmente prevista, que también podrá ser prorrateada durante la vigencia del contrato.

En la Exposición de Motivos de la Ley 35/2010 se señala que la Ley se adapta a la normativa comunitaria sobre la materia, en particular a la transposición de 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. Según dicha Exposición de Motivos, la Directiva 2008/104/CE obliga a revisar las restricciones que se aplican a las empresas de trabajo temporal, y, “para aplicar esta medida, se reserva un período para que la negociación colectiva, dentro de los sectores hoy excluidos de la actividad de las empresas de trabajo temporal por razones de seguridad y salud en el trabajo, pueda, de manera razonada y justificada, definir los empleos u ocupaciones de especial riesgo que no puedan ser objeto de contratos de puesta a disposición”.

A diferencia de la legislación precedente, se da entrada a la negociación colectiva en el ámbito de los trabajos con especial riesgo para la seguridad y salud, que será quien haya de definir los puestos de trabajo que han de considerarse prohibidos a las empresas de trabajo temporal. Para ello, se da una nueva redacción al art. 8.b) de la Ley 14/1994 según el cual se prohíbe el recurso a empresas de trabajo temporal “para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos”.

En la Disposición Adicional Segunda se establecen una serie de excepciones a la posibilidad de que se contrate a través de empresas de trabajo temporal, en atención a la absoluta peligrosidad de los puestos de trabajo, y que constituyen normas de derecho necesario absoluto indisponibles por la negociación colectiva. Estas excepciones son: a) trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes⁶⁰; b) Trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría⁶¹; c) Trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos⁶².

Resulta sorprendente la apertura que realiza la Ley 35/2010 a la posibilidad de que las ETTs actúen en sectores hasta ahora considerados como peligrosos y vetados a dichas empresas por parte del art. 8 del RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal⁶³. Para lograr dicho objetivo, se utiliza una técnica sui generis: se fija el plazo del 31 de marzo de 2011 para que, mediante los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que se refiere el art. 83 ET, o la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal⁶⁴, se fijen las limitaciones, por razones de seguridad y salud en el trabajo, para la celebración de contratos de puesta a disposición en las actividades de la construcción, la minería a cielo abierto y de interior, las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, los trabajos en plataformas marinas, la fabricación,

⁶⁰ en zonas controladas según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes

⁶¹ según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, así como sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico.

⁶² de los grupos 3 y 4, según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico.

⁶³ Vid. GARCÍA RUBIO, A. y LÓPEZ BALAGUER, M., Prohibiciones en la celebración del contrato de puesta a disposición tras la Ley 35/2010”, Relaciones Laborales, nº 3, 2011.

⁶⁴ Según el párrafo 4 de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 14/1994 “lo establecido en los convenios o acuerdos colectivos conforme a lo señalado en el apartado 2 se entiende sin perjuicio de las reglas sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación de los convenios colectivos en el Título III del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores”.

manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos y los trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión.

No obstante, las limitaciones establecidas por negociación colectiva deben cumplir una serie de requisitos: a) Deberán referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas; b) Habrán de justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos o trabajos afectados; c) Deberán fundamentarse en un informe razonado que se acompañará a la documentación exigible para el registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral.

Desde el 1 de abril de 2011, respetando las limitaciones que, en su caso, hubieran podido establecerse mediante la negociación colectiva, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición en el ámbito de las actividades antes señaladas. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos legal y reglamentariamente, la celebración de contratos de puesta a disposición estará sujeta a los siguientes requisitos: a) la empresa de trabajo temporal deberá organizar de forma total o parcial sus actividades preventivas con recursos propios debidamente auditados conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales y tener constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo del que formen parte un número no inferior a cuatro delegados de prevención, y b) el trabajador deberá poseer las aptitudes, competencias, cualificaciones y formación específica requeridas para el desempeño del puesto de trabajo, debiendo acreditarse las mismas documentalmente por la empresa de trabajo temporal.

No se comprende la lógica que ha podido llevar al legislador a abrir este tipo de trabajos a la puesta a disposición a través de empresas de trabajo temporal, máxime teniendo en cuenta que otras normas han regulado limitaciones a la multiplicidad de empresarios en base al argumento, entre otros, de la protección de la salud laboral de los trabajadores, como es el caso de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción⁶⁵.

Por otra parte, ni se citan normas comunitarias igualmente vigentes en materia de seguridad y salud en el sector de la contratación temporal y de las empresas de trabajo temporal. En este sentido, cabe recordar que sigue vigente la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal. En dicha norma ya se señalaba que, según las investigaciones llevadas a cabo –y que están basadas esencialmente en el llamado Informe Papandreu-, los trabajadores en empresas de trabajo temporal están más expuestos que los demás trabajadores, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales, añadiendo que los riesgos suplementarios citados están relacionados en parte con determinados modos específicos de integración en la empresa, y que dichos riesgos pueden disminuirse mediante la información y formación adecuadas desde el comienzo de la relación laboral.

En el ámbito comparado, destacan países como Bélgica y Holanda, que -pioneros en la regulación de las empresas de trabajo temporal, en el caso holandés en 1965- siguen manteniendo la prohibición de recurrir a empresas de trabajo temporal en sectores como la construcción y el transporte terrestre, dado el índice de siniestralidad laboral que se produce en

⁶⁵ En cuya exposición de motivos se destaca que “el exceso en las cadenas de subcontratación, especialmente en este sector, además de no aportar ninguno de los elementos positivos desde el punto de vista de la eficiencia empresarial que se deriva de la mayor especialización y cualificación de los trabajadores, ocasiona, en no pocos casos, la participación de empresas sin una mínima estructura organizativa que permita garantizar que se hallan en condiciones de hacer frente a sus obligaciones de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores”

dichos ámbitos⁶⁶. Es también el caso de Italia, limitada también la actividad de dichas empresas en la agricultura y la construcción.

Como se ha comentado con anterioridad, la Ley 35/2010 viene a justificar la apertura en los trabajos considerados peligrosos en base a la transposición de la Directiva 2008/104/CE. Sin embargo, tomando en cuenta el texto de la norma comunitaria y las líneas de actuación de la Unión Europea a este respecto –previstas en la Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el Trabajo (2008-2012)⁶⁷, más bien podría argumentarse justo lo contrario. Existe otra lectura de la Directiva, en la que nuestro punto de mira se ponga particularmente en las restricciones a la contratación a través de ETTs por razones de seguridad y salud.

En este sentido, el art. 4.1 de la norma comunitaria establece que “las restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, *sobre todo*, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, *a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo (...)*”. A esta conclusión podemos llegar también a partir de las menciones contenidas en el considerando número 18: “sólo pueden justificarse tales restricciones o prohibiciones por el interés general relativo, *en particular*, a la protección de los trabajadores por cuenta ajena, *las exigencias de salud y seguridad en el trabajo (...)*”.

En España, la relación entre el trabajo temporal y la siniestralidad laboral está fuera de discusión, y se ha puesto de manifiesto reiteradamente por las instancias internacionales⁶⁸ y por la doctrina⁶⁹. Así, la probabilidad que tiene un trabajador temporal de sufrir un accidente de trabajo es más del doble de la que tiene un trabajador fijo⁷⁰. La temporalidad puede considerarse, de esta manera, como un factor explicativo de la elevada incidencia de accidentes laborales. Las variaciones anuales al alza en las cifras de accidentes laborales se observan sobre todo en el colectivo de trabajadores temporales, mientras que la siniestralidad en los trabajadores indefinidos se suele mantener más o menos estable en el tiempo. El riesgo respecto a los trabajadores temporales se mantiene en todos los sectores de actividad económica, y no parece estar tan determinado por otros factores (como edad y género) de los trabajadores.

Sin embargo, el mecanismo de la Ley 35/2010 es precisamente el contrario: la regla general es la apertura a sectores peligrosos, mientras que la regla específica que se establece como excepción se articula en base a que los agentes sociales pacten las restricciones por negociación colectiva antes de 31 de marzo de 2011. Con lo que, en los sectores proclives a la siniestralidad laboral, se pondría en peligro la vida o integridad física de los trabajadores, en

⁶⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “Las empresas de trabajo temporal en la Comunidad Europea”, *Actualidad Laboral*, Tomo I, 1993, pág. 265.

⁶⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM(2007)62 final, Bruselas, 2007-.

⁶⁸ Vid. Observatorio Europeo de Relaciones Laborales-EIRO (2002), “La siniestralidad laboral registrada aumenta en España por octavo año consecutivo”, p. 2; EUROFOUND (2002), “Temporary agency work in the European Union”, p. 3

⁶⁹ BOIX, P., ORTS, E., LÓPEZ, M.J. y RODRIGO, F., “Trabajo temporal y siniestralidad laboral en España en el período 1988-1995”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 11, 1997, pág. 319. Dichos autores destacaban que “dicho riesgo está posiblemente subestimado en nuestro estudio, al estar referido a períodos anuales que no se corresponden con el tiempo de exposición o período de actividad real de los trabajadores temporales, generalmente inferior a un año”.

⁷⁰ Para TUDELA CAMBRONERO, Y. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *La seguridad y salud en el trabajo: síntesis de un problema y propuestas de solución* (A propósito del Informe sobre riesgos laborales y su prevención, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2002, pág. 141 “se confirma la generalizada intuición de que los trabajadores temporales soportan una incidencia mayor, que se ha venido incrementando desde 1993, y que resulta dos veces y media más alta que la correspondiente a los trabajadores con contrato indefinido”.

conexión con las garantías frente a la salud previstas en el art. 15 CE⁷¹. Ahora bien, la STC 160/2007, de 2 de julio, señala que “para que la afectación de la salud de una persona por una determinada actuación de los poderes públicos suponga la lesión de su derecho fundamental a la integridad física es requisito necesario que como consecuencia de dicha lesión se “ponga en peligro grave e inmediato la salud» (STC 119/2001, de 24 de mayo, F. 6), o se produzca lo que la STC 220/2005, de 12 de septiembre, llamó «un riesgo relevante» que genere «un peligro grave y cierto para la salud del afectado”.

Además de la cuestión relativa a la vida y su conexión con un valor superior del ordenamiento como es la dignidad (art. 10 CE), de las sentencias que se acaban de citar se deduce que el art. 15 CE no puede abarcar todos los aspectos y situaciones relacionadas con la seguridad y la salud en el trabajo, puesto que, para que la declaración de la lesión del derecho fundamental a la integridad física que se infiera, el riesgo relevante “sólo podrá ser efectuada en esta sede cuando resulte palmaria y manifiesta, pues la relevancia del peligro debe apreciarse con intermediación” (STC 220/2005, de 12 de septiembre, F. 4), siendo la potencial agresión a la vida o la integridad física directa, grave, inminente y cierta o actual⁷².

Buena prueba de lo dicho anteriormente es que -durante el año 2010- se ha venido consolidando un ligero retroceso en el número de accidentes de trabajo debido en buena parte al descenso de actividad que ha experimentado el sector de la construcción, uno de los que, como ya se ha visto, actualmente sí queda abierto a la contratación a través de las empresas de trabajo temporal. Acudiendo a las cifras oficiales que nos proporciona el Ministerio de Trabajo e Inmigración, en el período comprendido de enero a agosto del año 2010, un total de 380 trabajadores fallecieron en accidente de trabajo (frente a 413 en el mismo periodo de 2009), lo que supone una disminución del 8% en términos relativos, y también se dieron menos accidentes leves (un 6'3% menos) y graves (un 5'3% menos). En total, en España y en los primeros ocho meses de este 2010, acontecieron 424.015 accidentes laborales que provocaron baja, 5'8 % menos que los ocurridos en el mismo periodo del año pasado. Ello se debe, en buena parte, tal como se ha destacado por la doctrina⁷³, porque juega un papel importante la caída de actividad por la crisis económica, que alcanza a todos los sectores, pero con especial incidencia en el caso de la construcción -donde la disminución del número de siniestros ha sido incluso mayor a la media, un 14'6 % inferior durante los primeros ocho meses de 2010, si dicho porcentaje se compara con los mismos datos del año 2009-⁷⁴.

Por el contrario, en la reforma destacan ausencias destacadas, en relación a la prevención de riesgos en el sector de ETTs. Así, por ejemplo, no se aborda un tema que sí que se ha empezado a tratar por parte de la jurisprudencia, esto es, la existencia de la responsabilidad que pueda llegar a tener la ETT en un supuesto de accidente de trabajo, en particular, en lo relativo al recargo de prestaciones.⁷⁵

⁷¹ STC 62/2007, de 27 de marzo.

⁷² En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA ha puesto de relieve la necesidad de revalorizar la conexión entre el art. 40.2 CE con el art. 15 CE, señalando que “la frontera pudiera quizás establecerse teniendo en cuenta lo que son acciones de defensa frente a agresiones directas a la vida y a la integridad, tengan el origen que tengan. Esto es, situaciones en las que el daño a los valores vitales, o el riesgo de que se produzca, es tan inmediato que la reacción única posible es la evitación igualmente inmediata”. Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Derecho a la integridad física y a la prevención de riesgos laborales”, en *“Las transformaciones del derecho de trabajo en el marco de la Constitución Española”*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, 2006.

⁷³ RUESGA, S. y DA SILVA, J., “El mercado laboral español ante la crisis financiera global”, Relaciones Laborales, núm. 11, 2010.

⁷⁴ Boletín de Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo e Inmigración, octubre 2010. Las cifras muestran que, en el ámbito de la construcción, en el período de enero a agosto de 2010 hubo 11.185 accidentes menos que en el mismo período de 2009.

⁷⁵ Así, alguna sentencia nos encontramos en el sentido de atribuir responsabilidad solidaria a la ETT como consecuencia del accidente de trabajo sufrido por el trabajador, en especial cuando la ETT no

3.- La supresión de las limitaciones de la contratación a través de Empresas de Trabajo Temporal por parte de la Administración Pública.

El art. 17 de la Ley 35/2010 introduce una nueva redacción a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 14/1994 bajo la rúbrica de “Validez de limitaciones o prohibiciones de recurrir a empresas de trabajo temporal”. Según dicho precepto, desde el 1 de abril de 2011 se suprimirán todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para celebrar contratos de cesión de trabajadores por ETTs, incluidas las establecidas para las Administraciones Públicas. Antes de esa fecha, previa negociación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, el Gobierno establecerá los criterios funcionales de aplicación de esa supresión limitativa.

Se exceptúa de esa cesión de trabajadores a las AA.PP. en la realización de funciones que estén reservadas a funcionarios por norma con rango de Ley. De hecho, antes de que se promulguen los criterios a los que se refiere dicha disposición, algunas empresas de trabajo temporal ya han creado una división para actuar en este sector, habiendo publicitado esta vía a través de notas de prensa⁷⁶, en vistas de la posibilidad que se les abre en relación al “mercado” potencial en el empleo público, a juzgar por los altos índices de temporalidad que son predicables de las administraciones públicas y que desde ya hace algunos años viene poniendo de manifiesto el Consejo Económico y Social⁷⁷. La única excepción estriba en que “las empresas de trabajo temporal no podrán realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos”.

La cuestión de la contratación a través de empresas de trabajo temporal por parte de la Administración Pública ha sido siempre discutida por la doctrina a partir de la legalización de las mismas por parte de la Ley 14/1994. En un primer momento, en algunos sectores de la Administración Pública se recurrió a este tipo de empresas, interpretando que, ante el silencio de la Ley 14/1994, se permitía dicha posibilidad, siendo especialmente indicativas las prácticas que, en este sentido, había llevado a cabo la Tesorería General de la Seguridad Social, a través de la adjudicación de contratos de asistencia técnica, relativos a supuestos de servicios y trabajos específicos, concretos y no habituales de la Administración, para empresas adjudicatarias que contrataban, a su vez, a su personal propio a través de empresas de trabajo

cumple los mínimos niveles de vigilancia ni de protección de la salud e integridad de sus trabajadores, y, sobre todo, cuando el accidente se debe a una falta de formación del trabajador, deber que corresponde a la ETT. Así, la STSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 2010, señala que “la empresa ETT, no evaluó nunca el riesgo de la actividad laboral que iba a llevar a cabo el trabajador, no existió evaluación de riesgo alguno, ni el general, ni el específico para el puesto de trabajo que ocupó y desempeñó, por lo que es obvio, que incumplió las obligaciones estipuladas en la normativa antes citada, pues no dio a su trabajador formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo que ocupaba. Siendo obvio, que si esto fue así, es perfectamente responsable de lo acaecido, al igual que la empresa recurrente. Pues si el trabajador hubiera tenido formación suficiente, posiblemente no hubiera entrado en el interior del transbroker, estando éste en marcha, y con ello se hubiera evitado su muerte”.

⁷⁶ Como es el caso de Adecco España. Dicha ETT estrena una división sobre la que se ha creado una potente infraestructura, destinada a actuar en el ámbito de las administraciones públicas. Aunque aún no se atreven a adelantar datos en España, ponen como referencia los de Adecco Francia, que estima gestionar 150.000 trabajadores entre 2010 y 2011. Vid.

<http://www.lasprovincias.es/v/20101018/dinero/administracion-incapaz-cubrir-puesto-20101018.html>

⁷⁷ Según el Informe del Consejo Económico y Social “Temporalidad en el Empleo Público” de 22 de diciembre de 2004, ya se destacaba que la incidencia de la temporalidad es, no obstante, muy diferente en las distintas AA.PP. Las mayores tasas de temporalidad las registran las entidades locales, situándose en el 29,7%; alcanza al 23% del empleo en las CC.AA; pero sólo el 13% en la Administración Central. Por su parte, la temporalidad en la sanidad alcanza un 29%, mientras que en el ámbito de la educación se sitúa en el 22%.

temporal. Prácticas que, en algunos casos, han sido analizadas por parte de la jurisprudencia⁷⁸. Más recientemente, se ha generalizado la contratación a través de empresas de trabajo temporal en el ámbito de los servicios sociales⁷⁹, dentro de una tendencia a la laboralización de la Administración⁸⁰.

A pesar de que, con fecha 25 de marzo de 1998, se aprobó - en el seno de la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados y con el apoyo de todos los grupos políticos⁸¹-, una Proposición no de Ley contraria al uso de las empresas de trabajo temporal por la Administración del Estado y las empresas públicas, el camino legislativo no transcurrió por aquí, sino que es a partir del año 2000 cuando se abre la posibilidad de contratar a través de este tipo de empresas, si bien sólo en determinados casos excepcionales previstos en el art. 196.3.e) del RD 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, esto es, para “la realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos” con una duración máxima de 6 meses y sin posibilidad de prórroga, y posteriormente en la Disposición Adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos en el Sector Público. Asimismo, se contemplaba la prohibición de que, vencido su plazo de duración, se produjera la consolidación como personal del ente público –esto es, la imposibilidad de aplicar el art. 7.2 de la Ley 14/1994- En algunas administraciones se hizo una interpretación restrictiva de esta posibilidad, como fue el caso de Cataluña⁸². Es, por tanto, este momento en el que comienza el camino a nivel legislativo que recientemente se intensifica a través de la apertura de mucho más amplio alcance que realiza la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/2010.

La principal razón que se alega como ventaja de este sistema de cobertura de vacantes para la Administración es, según la patronal del sector -Asociación de Empresas de Trabajo Temporal (FEDETT) y la Asociación Estatal de Empresas de Trabajo Temporal (AETT)- la de responder a criterios de eficacia, urgencia y de celeridad para cubrir determinados puestos, cuya provisión no puede esperar a la resolución del correspondiente proceso de selección. Sin embargo, pensando en lo que puede mover a las administraciones públicas a contratar a través de empresas de trabajo temporal a partir de lo previsto en la Ley 35/2010, quizás vaya más en sintonía por la opción de no contratar directamente a su personal –en la línea de no incrementar el volumen de plantilla más allá de lo establecido en las normas presupuestarias- que más bien

⁷⁸ SSTs 17 de enero de 1991, Ar. 58; 19 de enero de 1994, Ar. 352; 21 de marzo de 1997, Ar. 2612; 12 de diciembre de 1997, Ar. 9315. A favor de la legitimidad de dicha contratación, vid. STSJ Madrid 18 de marzo de 1999, Ar. 1072

⁷⁹ LLANO SÁNCHEZ, “Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo”, Relaciones Laborales, núm. 2, 2006, pág. 167

⁸⁰ LÓPEZ GANDÍA, J., El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas, Civitas-CARL, Madrid, 1995.

⁸¹ “El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que emita instrucciones a la Administración central y periférica del Estado, sus organismos autónomos, las entidades gestoras de la Seguridad Social, así como las empresas públicas y concertadas de unos y otras dependientes, a fin de que empleen los servicios del Inem para las contrataciones temporales de carácter estacional, becas, campañas contra incendios, etc., que debieran realizar, excluyéndose la utilización de las empresas de trabajo temporal”.

⁸² Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña. Informe 1/01, de 13 de julio de 2001, según el cual “La Comisión Permanente entiende que las actividades comprendidas en la letra e) del apartado 3 del artículo 196 LCAP, denominadas «encuestas, recogida de datos y otros servicios análogos», hacen referencia a la obtención de datos por medio de encuestas de opinión y otros sistemas similares y que las actividades de registro, introducción o tratamiento de datos en soportes informáticos y otros formatos hacen referencia a procesos posteriores a la obtención de datos. No se pueden considerar incluidas en las actividades que se mencionan en la letra e) del apartado 3 del art. 196 y, por tanto, en ningún supuesto las puede llevar a cabo personal eventual (mediante la contratación administrativa regulada en la LCAP) ni se pueden ceder a empresas de trabajo temporal. Puede consultarse en Contratación Administrativa Práctica, Nº 9, Sección La administración opina, Mayo 2002, pág. 18, Editorial LA LEY.

por la búsqueda de urgencia, agilidad y celeridad en la contratación a través de dichas empresas ante las necesidades de cobertura de los puestos de trabajo.

La apertura a las ETTs en la Administración Pública plantea serias dudas en relación al acomodo de estas como mecanismos de acceso respetuosos con los principios de igualdad, mérito y capacidad, que quedan sustituidos por los criterios de selección de dichas empresas. En este punto, la reforma operada por la Ley 35/2010 plantea dudas sobre su constitucionalidad (art. 23 CE y 103.3 CE), ya que la Ley no contempla la obligatoriedad de que este tipo de empresas realicen procesos reglados de selección. Además, este tipo de procesos es básicamente incompatible con la propia actividad de las ETTs, que se caracteriza por la inmediatez en la puesta a disposición. Por ello, habría que poner en relación esta cuestión con otras disposiciones, en especial la Ley 30/2007, de contratos en el sector público y también la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, según el cual las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el EBEP seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como los de publicidad, transparencia e imparcialidad.

Existen otros mecanismos susceptibles de llevar a cabo –en el ámbito de lo público– los procesos de selección con garantías de cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, tales como: 1) los servicios públicos de empleo, que están llamados a cumplir esta función según lo previsto en el Convenio núm. 181 de la OIT de 1997, sobre Agencias de Empleo Privadas y del Convenio núm. 88 del Servicio Público de Empleo⁸³, y 2) a través del recurso a las bolsas de empleo, normalmente reguladas por las entidades locales o autonómicas, una vez apreciada su necesidad y oportunidad, con el fin de objetivar la selección de interinos o eventuales, mediante las correspondientes bases en que normalmente se establecen los baremos y su valoración para establecer el orden preferencial de llamamiento⁸⁴.

En la Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración⁸⁵, se insta a las Administraciones Públicas a:

1. Instrumentar los mecanismos necesarios para que la contratación de servicios externos por la Administración, para ejercer competencias que tiene atribuidas, se circunscriba exclusivamente a supuestos en los que se encuentre debidamente justificada.

2. Que a través del Diálogo Social en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, se determinen los servicios y funciones que pueden ser objeto de externalización por parte de aquéllas, con el fin de evitar el eventual recurso a la contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales, cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal, relacionadas con el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas la entidad u órgano de que se trate.

⁸³ Cuyo art. 1.2 señala que “la función esencial del servicio del empleo, en cooperación, cuando fuere necesario, con otros organismos interesados, públicos y privados, deberá ser la de lograr la mejor organización posible del mercado del empleo, como parte integrante del programa nacional destinado a mantener y garantizar el sistema del empleo para todos y a desarrollar y utilizar los recursos de la producción”.

⁸⁴ Tal como señala VÉLEZ TORO, JA., Contratación Administrativa Práctica, núm. 10, 2002, pág. 32, son “baremos en los que suelen contenerse criterios de carácter social, tales como tiempo en situación de desempleo o cargas familiares. Son criterios de selección que suelen constituir un híbrido, en el que se añan junto a los de «mérito y capacidad», los «de necesidad». Este último propio de los dispositivos de servicios sociales”.

⁸⁵ BOE 18-1-2011.

3. Que por los órganos directivos de la función pública se continúen valorando todas las circunstancias concurrentes en las solicitudes de modificación de las relaciones de puestos de trabajo, de manera que se garantice que cualquier incremento de efectivos se haga con base en estudios precisos que acrediten la necesidad y oportunidad de dicha ampliación, y que para evitar incrementos de personal se incurra en contratos que encubran una cesión ilegal de mano de obra⁸⁶.

Asimismo, en dicha Resolución se señala que en los pliegos de prescripciones técnicas, así como en los de las cláusulas administrativas particulares, de los contratos de servicios y de los que se celebren con empresas de trabajo temporal, han de determinarse, con la mayor precisión posible, las prestaciones a realizar. Asimismo, debe incrementarse la vigilancia de estos aspectos por parte del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención del Estado en su labor de fiscalización y supervisión previa, de manera que se evite el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de este tipo de empresas. Con la misma finalidad, debería cuidarse también que su ejecución no se desvíe de lo pactado, así como el cumplimiento de su plazo de duración y de las prórrogas.

Por otra parte, teniendo en cuenta la coyuntura actual en la que nos encontramos, también el argumento del equilibrio financiero del sistema habría de barajarse en este ámbito, siendo además que el art. 1 de la Ley 30/2007 establece que el objetivo de la Ley de Contratos en el Sector Público es, entre otros, garantizar una eficiente utilización de los fondos públicos, la selección de la oferta económica más ventajosa y la atención de los fines institucionales de carácter público que a través de los contratos administrativos se tratan de realizar. En este contexto, puede y debe llevarse a la práctica la función ejemplificadora por la que debería velar la Administración Pública⁸⁷. Y ello porque contratar a través de empresas de trabajo temporal sale más caro a las Administraciones Públicas que los mecanismos de que disponen las mismas a través de la contratación directa previstos por el EBEP. Este tipo de empresas poseen ánimo de lucro, por la propia configuración legal que se establece en la Ley 14/1994. Difícilmente se entiende que la Administración Pública haya de recurrir a este tipo de empresas con las limitaciones presupuestarias de contención del déficit público expresadas, entre otras normas, por el RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, de Medidas Extraordinarias para la Reducción del Déficit Público, en la que se destaca el esfuerzo de contención y reducción del gasto, medidas a las que debe contribuir toda la sociedad⁸⁸.

4.- Reflexión final. ¿Y hacia dónde nos conduce esta reforma?

Esta reforma sorprende por su regulación, pero también por lo que omite voluntariamente. Uno de los problemas más recurrentes en la práctica ha sido la borrosa frontera que separa algunos supuestos de contrata y subcontratas de los de cesión de trabajadores. En este sentido, una cuestión que venía preocupando a la doctrina especializada y sobre la que la jurisprudencia se ha pronunciado es sobre las llamadas “empresas multiservicios”, tema sobre el que la reforma desafortunadamente no ha incidido⁸⁹. Ya en el año 2004, un informe de la

⁸⁶ A este respecto, hay que recordar la doctrina contenida en la STS de 8-3-2011(Ar. 2011\3113).

⁸⁷ En la línea que señala RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, “Contratación pública y condiciones de Trabajo”, Relaciones Laborales, núm. 4, 2008, pág. 39 “la contratación administrativa, cuyo volumen se ha incrementado por la tendencia a las privatizaciones, a la descentralización productiva y a la externalización de actividades, afecta a los trabajadores del contratista, que inmediatamente realizan su trabajo por cuenta y a cargo de la Administración; para ella no puede ser indiferente la conducta del contratista como empleador. También en esa actuación empleadora del contratista se debe tratar de evitar arbitrariedades, fraudes y corrupciones y asegurar el respeto de la legalidad social”.

⁸⁸ Según la Exposición de Motivos del RD 8/2010 se trataría de “distribuir de la forma más equitativa posible el esfuerzo que toda la sociedad debe realizar para contribuir a la sostenibilidad de las finanzas públicas”.

⁸⁹ La jurisprudencia nos muestra numerosos ejemplos de esta realidad, siendo muy ilustrativa la STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2010, según la cual, bajo la denominación de empresas multiservicios se

Comisión de Expertos para el Diálogo Social, alertaba que este tipo de empresas habían potenciado el desarrollo de los procesos de descentralización productiva encauzando su actividad fraudulentamente a través de la figura de la contrata y subcontratas de obras y servicios.

Quizás cabría preguntarse si, como ya sucediese en la Reforma de 1994, las empresas de trabajo temporal deberían permanecer fuera de lo que se consideran como mecanismos de intermediación en el mercado de trabajo, puesto que –en lo que se refiere a su naturaleza jurídica- dichas empresas son mecanismos de cesión de trabajadores. No obstante, las reformas en materia de empresas de trabajo temporal aparecen en el Capítulo IV de la Ley 35/2010 (sobre Medidas para la mejora de la intermediación y sobre la actuación de las empresas de trabajo temporal), tratando ambas figuras en el mismo apartado nuevamente.

Se aprovecha, de nuevo, la coyuntura económica para ir modelando la legislación laboral hacia una retirada de lo público y una intensificación de la iniciativa privada, en la que parece que se confía para solucionar los problemas derivados de los altos índices de desempleo. Las recetas, una vez más, redundan en una mayor precariedad de los trabajadores que incluso traspasan la línea roja, como el caso de la apertura a los tradicionales trabajos peligrosos e insalubres que, además, no sería acorde a la normativa comunitaria sobre prevención de riesgos laborales.

agrupa “un nutrido número de empresas con un objeto plurifuncional y dedicadas a prestar todo tipo de servicios a otras empresas, que está resultando muy problemática su inclusión en sectores tradicionales de actividad en los que convencionalmente se ha parcelado y organizado nuestra economía a efectos laborales”.

LA REFORMA LABORAL: MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO PARA JOVENES Y DESEMPLEADOS

Juan Ignacio Marín Arce
Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1. Introducción. 1.1. Crisis económica y regulación del mercado de trabajo. 1.2. Sobre la “rigidez” del mercado de trabajo en España. 1.3. Los obstáculos para la recuperación del empleo en España. 2. Las medidas de fomento de empleo aplicadas hasta 2010. 2.1. Tipología de las medidas de fomento del empleo. 2.2. Las primeras medidas de fomento de empleo en los años 80. 2.3. Las medidas de fomento de empleo en los años 90. 2.4. Las Reformas a partir de 2001. 2.5. Algunas conclusiones sobre la situación previa a la Reforma Laboral de 2010. 3. La reforma laboral de 2010. 3.1. Sobre la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. 3.1.1. La generalización del contrato para el fomento de la contratación indefinida. 3.1.2. La limitación de las bonificaciones de cuota por la contratación indefinida de trabajadores desempleados. 3.1.3. Los nuevos incentivos a los contratos formativos y las novedades en su regulación. 3.1.4. Otras novedades en materias conexas. 3.2. Sobre el Real Decreto Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas. 4. Conclusiones finales.

Los efectos de la crisis económica nos sitúan ante una grave contradicción. Mientras existe coincidencia en que su origen hay que buscarlo en las prácticas abusivas y especulativas del sector financiero, en particular el anglosajón, producto de la ausencia de regulación y control de las transacciones, poco se ha avanzado en corregir estos desajustes. Sin embargo, los efectos principales, una vez que los Estados han corrido en socorro de las instituciones financieras privadas, se han dejado notar precisamente en la contracción del consumo (con sus consecuencias en el desempleo) y en la debilidad de los propios Estados, cuya deuda se convierte en objetivo privilegiado de la actividad especulativa y que quedan sometidos cada vez más a los dictados de aquellos a quienes poco antes salvaron de la ruina merced a la masiva puesta a disposición de recursos públicos. Parece ahora que lo primordial sea terminar con el papel redistributivo y regulador de los Estados (y de las instituciones internacionales), como forma de consolidación del mismo poder económico que gestó la crisis en un nuevo escenario geopolítico, limitando el poder democrático de intervención y de acción autónoma de los gobiernos y las instituciones. Por decirlo de otra manera, lo que se pone en cuestión es el modelo europeo de concertación social y económica, que, en el mundo desarrollado constituye la cara más amable del sistema, en beneficio del ultraliberal que encarna el modelo norteamericano.

En este marco, la discusión sobre el papel de la regulación (más bien desregulación) del mercado de trabajo acaba poniendo el acento no ya en las causas de la crisis o en su relación con el empleo, sino en cómo recomponer los beneficios, a expensas muchas veces del retroceso en las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos. En cuanto a las primeras, mediante la drástica reducción de los servicios públicos. En cuanto a las segundas, mediante reformas en la regulación laboral que, tomando como justificación el brusco descenso del empleo, signifiquen en realidad una nueva oleada desregulatoria.

Algunas de las medidas tomadas, que denominamos de fomento de empleo, arbitran mecanismos para disminuir el coste laboral y hacer más atractiva a los empresarios la contratación de trabajadores. En ciertas condiciones (selectividad, temporalidad, complementadas con otras que disminuyan la precariedad), y siempre que los problemas residan en la competitividad de la economía del país, pueden revelarse útiles para el objetivo propuesto. Se trata aquí de analizar si realmente lo han sido y lo son en el contexto actual en nuestro país. Para ello, se parte de una panorámica de la evolución histórica de la aplicación de este tipo de medidas y de su impacto real en el empleo y en la evolución del coste del factor trabajo en España.

Se observa como conclusión que, hasta el año 2010, las medidas que se han venido adoptando (desde la apuesta por la temporalidad como medida de fomento de empleo hasta la puesta a disposición de bonificaciones en las aportaciones empresariales al sistema de seguridad social o la instauración de nuevas figuras contractuales como el contrato indefinido de fomento de empleo) no justifican un impacto proporcional a su coste en la creación de empleo. Más bien constituyen, o bien un marco en el que se consolida la precariedad contractual, o bien, y simultáneamente, un proceso continuo de modificación indirecta de la normativa laboral que afecta directamente al coste del trabajo de forma estructural, es decir, no como mecanismo de intervención frente a la crisis que contribuya a la creación o mantenimiento del empleo, sino como preparación para la etapa de crecimiento, en la que el coste del trabajo sea menor, mediante la convergencia en los costes de la prestación de trabajo (incluidos los de la terminación de la relación laboral) correspondientes al contrato fijo y al contrato precario. Y ello en un marco en el que no parece, al menos en España, que el problema fundamental de nuestra economía ni para nuestro empleo sea (ni haya venido siendo) precisamente el coste del trabajo en relación con los países de nuestro entorno económico.

A continuación se analiza cómo la Reforma Laboral de 2010, en lo que se refiere a las medidas de fomento de empleo, corrige algunas tendencias negativas (mayor selectividad, introducción de condiciones de mantenimiento del empleo fijo, ampliación de la cobertura del sistema de seguridad social en los contratos formativos dirigidos a los jóvenes), pero no resuelve problemas como la extensión de las bonificaciones a determinados supuestos de contratación temporal (contratos a tiempo parcial y formativos) o el mantenimiento de la posibilidad de encadenamiento de contratos temporales, lo que fomenta la persistencia de lo que se ha dado en llamar, de forma no muy precisa, “dualidad” de nuestro mercado de trabajo, con una fuerte componente de empleo temporal. Lo que sí consolida, junto a otras medidas que no son aquí objeto de estudio, es la tendencia, que arranca de lejos, al descenso en el coste del factor trabajo, ya sea el directo por la vía de las bonificaciones sociales, ya el diferido a su

terminación mediante la generalización de figuras como el contrato de fomento de la contratación indefinida. En otras palabras, constituye un paso más en la convergencia de coste del contrato fijo y el temporal, acercando el primero al segundo y no a la inversa, en un ya largo camino de transferencia de recursos públicos a los empresarios, sin que nada indique que el resultado en términos de creación de empleo justifique tal esfuerzo social.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Crisis económica y regulación del mercado de trabajo.

El debate sobre las medidas de fomento del empleo en nuestro país emerge cada vez que la crisis económica hace su aparición, en paralelo a la sempiterna discusión sobre la reforma laboral. Es ya una constante que cada vez que la crisis provoca una destrucción masiva de empleo, se alzan voces reclamando la necesidad de corregir el marco normativo del mercado de trabajo. Así ha sucedido en general desde comienzos de los años 80: no bien se promulgó el Estatuto de los Trabajadores, y en plena crisis industrial y de empleo, comenzó la discusión sobre la “*rigidez normativa*” de nuestro mercado de trabajo y la necesidad de modificar el recién estrenado marco legal que lo regulaba, con el objeto –se decía- de facilitar el empleo. Un breve repaso a los contenidos esenciales –en lo referido a las medidas para fomentar el empleo- de las diversas “reformas laborales” que han tenido lugar desde entonces, permitirá identificar las constantes que se han mantenido a lo largo de los años, así como la evolución de las medidas sucesivamente adoptadas. También examinaremos en qué medida puede afirmarse que las medidas de fomento han cumplido su objetivo.

Cuando se discute sobre la regulación (o desregulación) del mercado de trabajo, se debate en la práctica sobre el *coste del factor trabajo*. Es bien conocido que los esfuerzos por la regulación del contrato y de las condiciones de trabajo durante el último siglo no pretendían sino establecer límites a la estricta ley de oferta y demanda, según la que la demanda de empleo en cada momento (es decir, las necesidades de trabajo humano del sistema) debería fijar automáticamente las condiciones de trabajo, en especial los salarios.

La necesidad de modular esta regla se ha venido basando durante muchas décadas en un doble axioma: de un lado, el crecimiento económico debería tener como objetivo la mejora de las condiciones de vida de las personas y de otro lado, era imprescindible mantener el crecimiento del consumo para garantizar la reproducción del sistema. Así, se han venido consagrando derechos de los trabajadores como los de asociación, interlocución y negociación colectiva, reconocimiento del carácter normativo de los convenios colectivos, etc. y desarrollando mecanismos de intervención del Estado en la fijación de condiciones mínimas de trabajo y de protección social. Todo ello en convivencia (en el centro del sistema) de dos modelos con distintos acentos: el europeo continental, caracterizado por la intervención (limitada) del Estado y el anglosajón (de concepción más liberal o civilista).

Los efectos de las últimas crisis económicas⁹⁰ y de la globalización en las economías desarrolladas han permitido que se impusieran, sin embargo, los criterios de las tesis más neoliberales, cobrando cada vez más fuerza los intentos de desregulación del marco jurídico de las relaciones laborales. Así, la puesta en cuestión de los modelos de negociación colectiva vigentes, la tendencia a la fijación individual y no colectiva de las condiciones de trabajo, la resistencia a la delimitación por los poderes públicos de condiciones de trabajo mínimas (especialmente en salario y jornada), junto con el avance de los criterios de flexibilidad derivados de las nuevas formas de organización

⁹⁰ En realidad desde la crisis de 1973, pero sobre todo a partir de los primeros años 80, en pleno auge de las propuestas de la *Escuela de Chicago*.

del trabajo y de relaciones entre las empresas (deslocalización, segregación de actividades, proliferación de subcontratación, crecimiento del trabajo “autónomo”, etc.) colocan en revisión desde hace ya tres décadas los elementos centrales del sistema. Y, naturalmente, cobran toda su fuerza en los periodos de crisis, tras permanecer en sordina en los de expansión.

El curso de la crisis actual, a pesar de las fugaces expectativas iniciales, no ha hecho sino avanzar en la misma dirección. Así, al principio parecía existir consenso en que su origen había que localizarlo en las prácticas desarrolladas en los años anteriores por el sector financiero a nivel internacional, que había abandonado progresivamente la actividad productiva como fuente de beneficio, centrándose en la especulación financiera, mucho más rentable a corto plazo, aunque incorporando mucho más riesgo. La inmediata consecuencia parecía ser la urgente necesidad de corregir la ausencia de mecanismos de control de los Estados y de las instituciones supraestatales sobre las actividades del sector financiero. Sin embargo, las medidas que se anunciaron, encaminadas al incremento de tal control, no se han desarrollado en la práctica, mientras que la puesta a disposición de ayudas públicas más o menos masivas con objeto del una rápida recuperación tampoco tuvieron el éxito esperado, al tratarse de una crisis mucho más profunda y no coyuntural.

En realidad, la crisis se desarrolla en un nuevo marco de reparto de poder económico a nivel internacional, producto de un proceso no controlado de globalización e internacionalización, que permite al capital financiero internacional (eso que se ha dado en llamar los “mercados”) insistir en la obtención de beneficios especulativos, ahora a costa del sector público, penalizando el pago de la deuda de los Estados que acudieron inicialmente en su ayuda. Los avatares de las deudas soberanas de los países europeos son un claro ejemplo de cómo el coste de la crisis (también y sobre todo el correspondiente a la deuda privada⁹¹) acaba siendo asumido por los Estados, y, en consecuencia, por todos los ciudadanos, ya que el resultado son las políticas de restricción del gasto público corriente y de inversión, ante el riesgo de crisis fiscal. De esta manera, se impone nuevamente la estrategia de quienes pretenden terminar con el modelo social europeo, vigente desde el final de la posguerra mundial, forzando a los Estados al abandono de su papel en la economía y, sobre todo, en la redistribución.

Así las cosas, parece haber consenso en que dos son los problemas principales del mercado laboral español, que alcanzan toda su crudeza en los momentos de crisis: la *facilidad de destrucción del empleo* y la *alta tasa de eventualidad y precariedad de los contratos de trabajo*. Es recurrente el debate sobre las medidas a tomar para darles solución cada vez que se produce una crisis en el sistema. Pero también lo es el ejercicio de una presión unidireccional para modificar la legislación que regula el contrato de trabajo con el objeto de corregir también sus teóricas “*rigideces*” y, en particular, de disminuir el coste de la indemnización por el despido improcedente o sin causa. Simultáneamente, se plantea cómo disminuir también el coste del trabajo, naturalmente mediante la contención o descenso de los salarios, pero también mediante la aplicación de menores costes empresariales en el sistema de protección social (bonificaciones en las cuotas de seguridad social).

⁹¹ La deuda exterior de las AAPP (300 mM euros) era a finales de 2010 cuatro veces inferior a la del sector privado, siendo la más significativa la de las entidades financieras (760 mM euros), según datos del Banco de España.

Veamos sin embargo dónde se encuentra la verdadera rigidez de nuestro sistema.

1.2. Sobre la “rigidez” del mercado de trabajo en España.

La rigidez del mercado de trabajo deberá medirse en función de su capacidad de respuesta a las necesidades de adaptación a la demanda de trabajo del sistema económico.

Pues bien, si analizamos la evolución del empleo y la productividad en España en los últimos quince años en comparación con nuestro entorno, es decir con los países de la UE, y en particular de la Eurozona, nos encontraremos con que el **mercado de trabajo español** resulta ser, a pesar de la creencia generalizada, de una **flexibilidad desconocida en Europa**. Así:

a) En cuanto a la **entrada en el mercado de trabajo**, se ha caracterizado por su **enorme flexibilidad en los momentos de crecimiento**: gran incremento de la población activa y de la población empleada, incorporación masiva de las **mujeres**⁹² al mercado de trabajo y absorción de trabajadores **inmigrantes**⁹³, todo ello **muy por encima de los países de nuestro entorno**.

b) Así, junto a **grandes tasas de crecimiento**⁹⁴, se ha producido en el último ciclo expansivo un **enorme crecimiento del empleo**. Sin embargo, la concentración en el sector construcción y en determinados servicios no ha permitido que los aumentos de la productividad, aunque importantes, tuvieran la misma dimensión.

c) En los *momentos de crisis*, la **flexibilidad de salida ha sido también espectacular**⁹⁵, debido sobre todo a la facilidad de rescisión de contratos temporales⁹⁶ y al alto grado de acuerdo en conciliación de despidos disciplinarios improcedentes y en período de consultas de los despidos colectivos⁹⁷.

⁹² La tasa de crecimiento del empleo global y la correspondiente a mujeres se han mantenido con valores superiores al triple de las correspondientes a los países UE (tanto si se toma UE-27 como UE-15 como los países del euro) durante el periodo 1995-2008, según datos EUROSTAT.

⁹³ España ha multiplicado por nueve el número de extranjeros entre 1998 y 2009, el mayor crecimiento de Europa, pasando de 600.000 a 5.600.000, y situándose, en valores absolutos, por encima de Francia, Italia y Reino Unido. Sólo Alemania aventaja hoy a España, con 7.200.000. (EUROSTAT). En términos relativos, con respecto a la población, España es, de lejos, el primero de los países europeos.

⁹⁴ El incremento del PIB per cápita en España entre los años 1996 y 2009 fue del 15%, mientras que en la UE-16 decreció el 5% (EUROSTAT).

⁹⁵ Según también datos EUROSTAT, el decrecimiento del empleo en España en el año 2009, primero en el que se produce descenso, es de 6,6% frente al 1,8 de media en los países UE.

⁹⁶ No se olvide que, por ejemplo, en los sectores mencionados (construcción y servicios) la contratación temporal es la más frecuente.

⁹⁷ Según datos del MTIN (Índice General de Regulación de Empleo), durante 2008, 2009 y 2010 se presentaron un total de 10.380 ERE's de extinción de contrato indefinido, de los que fueron pactados

d) Ello ha supuesto que **en los años de crisis, el aumento en España de la productividad global del sistema** (producto del drástico descenso del empleo, aunque no sólo) **haya superado la media de los países del entorno**⁹⁸ y, de la misma manera, la **productividad por empleado**⁹⁹ y **por hora trabajada hayan aumentado también espectacularmente**¹⁰⁰.

e) La **mayor rigidez se presenta**, como es sabido, **en el acceso al empleo en momentos de crisis**. Sin embargo, nada indica que la dificultad de creación de empleo de nuestra economía en momentos de crisis se deba al coste inmediato del factor trabajo, ya que es conocido que continúa siendo perfectamente competitivo en relación con los países de nuestro entorno. No se olvide que **nuestros costes salariales por hora se han venido situando al nivel de los dos tercios de la media de la Eurozona**¹⁰¹ y se comportan con una **menor tasa de crecimiento**¹⁰².

1.3. Los obstáculos para la recuperación del empleo en España.

El obstáculo fundamental para la recuperación del empleo no tiene, por lo tanto, su origen en una pretendida “rigidez” del sistema contractual, ya que se ha mostrado como el más flexible de la UE, ni siquiera en el coste comparativo del factor trabajo¹⁰³,

9.577, es decir el 92,26% del total. (<http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>). En el mismo periodo, se conciliaron con avenencia un total de 131.926 despidos, que corresponden naturalmente también a contratos indefinidos (<http://www.mtin.es/estadisticas/bel/MAC/index.htm>).

⁹⁸ Por ser muy ilustrativo, transcribiremos un análisis nada sospechoso al respecto: “*El tópico de la baja productividad de los trabajadores españoles es una generalización errónea del estancamiento que esta tuvo en el periodo entre 1996 y 2002, dominado por la inmigración masiva y la ocupación en el inmobiliario. Pero el crecimiento del PIB por ocupado español fue más rápido que el de Alemania y el de Italia entre 1982-1993 y, de nuevo, entre 2004 y 2009. Y, en 2009, la productividad por ocupado española, estaba entre el de Alemania y el de Italia. En 2010, la productividad por asalariado fue del 2,4% en el conjunto de la economía y del 6,6% en la industria. Si no fuera así, habría sido imposible el notable crecimiento de nuestras exportaciones, que fue en promedio del 5,4% entre 1981-1990 (igual que el de Alemania), del 10% en 1991-2000 (Alemania 6,4), y del 2,5% en 2001-2010, inferior al de Alemania (5,2%), pero superior a la media de la Eurozona (2,2%)*”. MIGUEL BOYER SALVADOR “*Ni perezosos ni improductivos*”. El País, 17.02.2011.

⁹⁹ La productividad por persona empleada en la Eurozona respecto de la UE 27 ha pasado de 117 (media UE 27=100) en 1995 a 110 en 2009, mientras que en España alcanzaba el índice 110 en 1995, descendía hasta 2005 y recuperaba hasta mantener el mismo nivel, 110, en 2009 (EUROSTAT), idéntico al de la Eurozona, superando a países como Alemania y Reino Unido. En adelante, para todas las referencias a EUROSTAT puede consultarse <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/>

¹⁰⁰ La productividad por hora trabajada ha pasado, también según datos de EUROSTAT, del índice 93,1 en 1995 (siempre la media UE-15= 100), tras un periodo de descenso y estabilización coincidente con el aumento del empleo en torno a 90 hasta 2005, a 90,7; 92,5; 93,1 y 96,7 entre 2005 y 2009, situándose por encima de Italia y Reino Unido.

¹⁰¹ Y en torno a la mitad de los de Francia o Alemania. Según EUROSTAT, el coste laboral hora para la UE-16 ha crecido ininterrumpidamente desde los 19,5 euros en 1997 a los 26 en 2009, mientras que en España era en 1997 de 14 euros, descendió hasta los 13 en 2001 y creció hasta los 16,5 euros en 2009

¹⁰² El coste laboral unitario en la UE 16 tuvo variaciones inferiores al 1% entre 1996 y 2008, para crecer el 2,9% en 2009 y decrecer el 1,5% en 2010. Mientras tanto, registraba en España decrecimientos más significativos (hasta el 1,5%) entre 1996 y 2006, para experimentar crecimiento más modestos entre 2007 y 2009 y decrecimiento también del orden del 1,5 % en 2010. (EUROSTAT).

¹⁰³ Naturalmente, a no ser que, como algunos pretenden, nuestros términos de comparación en salario y condiciones de trabajo hayan de ser los países del Extremo Oriente.

sino más bien en ciertos **problemas de la estructura económica española** y en la forma en que se han manifestado las consecuencias de la crisis actual. Nos detendremos brevemente en ello:

a) Lo que inicialmente surgió como crisis financiera ha evolucionado rápidamente en crisis de los sectores productivos, con un impacto especial en nuestro país. Las primeras medidas tomadas ante la crisis, encaminadas al incremento del control del sector financiero, junto a la puesta a disposición de ayudas públicas de inspiración keynesiana, esperando que el crecimiento se recuperara rápidamente, no han dado el efecto esperado: muchas de las ayudas públicas se han dedicado en la práctica a sanear los activos de las instituciones financieras y la disposición de fondos públicos para la reactivación han encontrado rápidamente su límite en el **crecimiento del servicio de la deuda**. Al mismo tiempo, sobre todo por la prioridad de las entidades financieras en sanear sus activos, **el crédito no fluye a las actividades productivas**.

b) En España, el **impacto en el empleo** ha sido especialmente duro, alcanzándose tasas de desempleo de en torno al 20%¹⁰⁴. Naturalmente, a ello no es ajeno el modelo de crecimiento de los quince años anteriores, con un excesivo peso, como se ha señalado, del sector **construcción y actividades derivadas** y con **déficits importantes en materia de conocimiento y de presencia de capital y dirección propios** en sectores productivos clave, en particular **industriales**¹⁰⁵. Los datos disponibles¹⁰⁶ permiten afirmar que:

- La **inmensa mayoría del empleo perdido** lo ha sido por la vía de la **terminación de contratos temporales**: se destruyeron un total de 1.303.700 empleos entre 01.01.08 y 31.10.10. En el mismo periodo, se crearon 13.570 empleos indefinidos, y se perdieron 1.303.700 temporales.

- La **destrucción de empleo indefinido se concentra en el último periodo**: entre 01.01.09 y 31.10.10 se destruyeron 234.200, mientras que durante 2008 se crearon 347.500 (la mayoría procedentes de conversiones de contratos temporales).

- Los segmentos más débiles, que ya estaban en desventaja, como los **jóvenes, los inmigrantes, los trabajadores poco cualificados y los temporales han sufrido el grueso del impacto** del acelerado aumento del desempleo. La tasa de paro entre los inmigrantes ha alcanzado el 29,7 por ciento, más de ocho puntos porcentuales superior al nivel de la población nacida en el país. Entre los jóvenes de entre 15 y 24 años de edad, el desempleo superó la barrera del 40 por ciento, una cifra muy por encima del promedio de 17.6 por ciento en la OCDE. Una razón por la que los jóvenes y los inmigrantes se han visto tan fuertemente afectados es la desproporcionada presencia de ambos grupos de trabajadores entre los contratados de forma temporal.

¹⁰⁴ Esta cifra, récord entre los países OCDE, ha de situarse también en un contexto en el que, siendo antes de la crisis y en situación de “*semipleno empleo*” sólo diez puntos inferior, se cuenta además con la más amplia cobertura en prestación por desempleo. Ello explica que, a pesar de las altísimas tasas de desempleo, la situación social del país no sea explosiva.

¹⁰⁵ La otrora extendida idea del inevitable declive industrial europeo ha quedado desmentida con el ejemplo de Alemania, el país mejor situado ante la crisis precisamente a causa de su fortaleza industrial, clave a su vez de su capacidad exportadora.

¹⁰⁶ Se usan datos EPA y MTIN.

c) En estas condiciones, ha de cuestionarse si modificaciones en el marco legal e incluso las más puras acciones de “*fomento de empleo*” como son las ayudas públicas a la contratación tengan efecto decisivo y a corto plazo en la recuperación del nivel de empleo. Más parece que de lo que se trata, en una estrategia que viene de lejos, es de facilitar el progresivo ***abaratamiento del coste del factor trabajo de forma estructural***, actuando simultáneamente sobre la *disminución del coste del despido para los contratos indefinidos* y sobre el menor coste indirecto de dichos contratos mediante la bonificación de la contratación, buscando la práctica ***equiparación (convergencia) del coste global del contrato indefinido con el del contrato temporal***.

Al análisis de las medidas que históricamente se han venido aplicando y a cómo enlazan con ellas las propuestas en la Reforma de 2010 dedicaremos las páginas que siguen.

2. LAS MEDIDAS DE FOMENTO DE EMPLEO APLICADAS HASTA 2010.

2.1. Tipología de las medidas de fomento de empleo.

Los mecanismos de fomento de empleo¹⁰⁷ que se han venido ensayando desde los años 80, aplicados con mayor o menor grado de selectividad en cuanto a los colectivos de trabajadores son, esencialmente, los siguientes:

a) La ***contratación temporal como fomento de empleo***: sobre la base de la desvinculación de la causa del contrato (*descausalización*) con su carácter de temporal, con el objeto de hacer más atractiva la contratación.

b) Las ***reducciones o bonificaciones de cuota empresarial a S. Social***, en sus diversas variantes: mediante cantidades mensuales fijas, mediante porcentajes aplicables a la parte correspondiente a contingencias comunes o a la cuota completa. Y ello en una doble vertiente: para *nuevos contratos* (tanto temporales como indefinidos) y para *conversiones* de contratos temporales en indefinidos. Las reducciones se practican con cargo a recursos de la S. Social y las bonificaciones, del INEM (o SPEE).

c) La ***disminución generalizada de ciertos tipos de cotización*** a S. Social.

d) Las ***subvenciones por contrato*** suscrito, a cargo de presupuestos del INEM (y del extinto FNPT).

e) Las facilidades normativas para la ***contratación de jóvenes***: sea en contratos de formación o en prácticas como de aprendizaje.

f) Finalmente, y a partir de la constatación de las negativas consecuencias de la generalización de la contratación temporal, las medidas de fomento de empleo

¹⁰⁷ Aparte de las relativas a las políticas activas de empleo, que no se tratan aquí.

propriadamente dichas se entrecruzan con las *fomento de la contratación indefinida*, bien a través de mecanismos indirectos como la creación del *contrato indefinido de fomento de empleo* (bonificado o no, según los casos), bien a través de la concesión de *bonificaciones para la conversión* de contratos temporales en indefinidos.

2.2. Las primeras medidas de fomento de empleo en los años 80.

2.2.1. Las primeras medidas, entre las que puede destacarse el **RD 1445/1982 de 25 de junio**, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo, ya establecían tres de los más típicos mecanismos que se utilizarán, alternativa o simultáneamente, en el futuro. Así, se consideraban medidas de fomento de empleo:

a) Las referidas a la *modalidad* del contrato, es decir, las que, referidas a la temporalidad de los contratos, desvinculaban a éstos de la *causalidad*, entendiendo que la **temporalidad por sí misma es una forma de fomento de empleo**¹⁰⁸. También se desarrollaban medidas para favorecer el contrato a tiempo parcial, aunque sin desvinculación de la causa, así como para facilitar los contratos para la formación y en prácticas¹⁰⁹.

b) Las referidas a **grupos con mayores dificultades de acceso al empleo**: desempleados con prestación agotada y responsabilidades familiares, minusválidos y mujeres con responsabilidades familiares. En este caso, además de la ausencia de causalidad en contratos *temporales de hasta 3 años*, se bonificaba¹¹⁰ la *cuota empresarial* a S. Social, no sólo para los contratos indefinidos, sino *también para los temporales*.

c) Las denominadas de **ámbito territorial**: subvencionando¹¹¹ y bonificando la contratación indefinida y regulando el trabajo de colaboración social temporal para las AAPP.

2.2.2. La **Reforma de 1984** vino a consolidar estas medidas, dándoles rango legal¹¹². La consideración de los *contratos temporales como medida “de fomento del empleo”* a los que en determinadas circunstancias se aplicaban bonificaciones en la cuota de S. Social, abrió paso la *masiva irrupción de la contratación temporal*,

¹⁰⁸ La introducción del contrato de *lanzamiento de nueva actividad* ya iba en esta dirección. La manifiesta previsión de “*utilización del contrato temporal como medida de fomento del empleo*” constituye su confirmación.

¹⁰⁹ Ya en este momento se exceptúan estos contratos de la cotización para pensión de jubilación, con las negativas consecuencias que actualmente se tratan de revisar.

¹¹⁰ Con cargo a recursos del INEM.

¹¹¹ Con 300.000 ptas. por contrato a aportar directamente por el INEM y el FNPT (extinto Fondo Nacional de Protección al Trabajo).

¹¹² Mediante la *Ley 32/1984 de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores*, y con el mismo hilo conductor: “*con el objeto de “dotar al marco legal de una mayor claridad y estabilidad para reducir la incertidumbre empresarial de las actuaciones que conducen a la creación de nuevos puestos de trabajo y en el necesario ajuste de la demanda a las características de la oferta de trabajo (...) y facilitar la inserción de jóvenes trabajadores y la vuelta de trabajadores desempleados”*, se aplicaban “*subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores desempleados que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo*” (tomado de su Preámbulo)

conformándose un mercado de trabajo en el que la causalidad consagrada en la Ley para la contratación temporal era sistemáticamente obviada. Al tiempo, se produjeron ligeros crecimientos de la contratación a tiempo parcial¹¹³ y, más importantes, de los contratos de formación y en prácticas, en especial de los primeros, mediante la ampliación de los supuestos y la aplicación de las *primeras reducciones en la cotización a S. Social*.

La masiva utilización de la contratación temporal a partir de ese momento, en que *quiebra en la práctica el principio de causalidad*¹¹⁴ está en la **raíz de uno de los diferenciales** que, en relación con el resto de países de nuestro entorno, mantiene nuestro país: la alta tasa de temporalidad y, por tanto, de inestabilidad, de la contratación.

2.3. Las medidas de fomento de empleo en los años 90.

Las medidas tomadas en los primeros años 90, adoptadas con cierto grado de consenso sindical, se dirigieron en general a *limitar los graves efectos producidos por la contratación temporal indiscriminada*, es decir, a contrarrestar el resultado de las medidas de fomento de empleo masivamente utilizadas en los años anteriores. Sin embargo, las primeras de ellas coincidieron con un periodo de crisis que oscureció tal objetivo, de forma que se persistió en la utilización de algunas de las medidas, como el mantenimiento del *contrato de fomento de empleo*, que se habían revelado contrarias a la estabilidad contractual.

2.3.1. Así, la **Ley 22/1992 de 30 de julio**, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, incluía **por primera vez un programa de incentivación de la contratación indefinida** de trabajadores “*con mayor tasa de paro y de mayor tiempo de permanencia en situación de desempleo, es decir, los jóvenes, los trabajadores mayores de cuarenta y cinco años y las mujeres*”¹¹⁵, colectivos que, junto con los trabajadores minusválidos¹¹⁶, configuran el *núcleo esencial* de los desempleados objeto de atención preferente y selectiva sobre el que girarán en adelante las acciones de fomento de empleo.

Al mismo tiempo, regulaba con carácter unitario todos los incentivos públicos a la contratación, y pretendía poner coto a la utilización de los contratos temporales como medida de fomento de empleo, ya que los incentivos “*se reservan para la creación de empleo neto, evitándose así la utilización en fraude de ley que supondría la sustitución de trabajadores adscritos a la empresa por otros incluidos en alguno de los colectivos*

¹¹³ Dirigido a “*homologar la situación española con la de otras economías occidentales, en las que el trabajo a tiempo parcial ha adquirido un grado de difusión desconocido en España y altamente satisfactorio*”, como se decía también en el Preámbulo de la Ley.

¹¹⁴ Es decir, que se permite tal contratación temporal, en aplicación de la previsión del entonces vigente art. 15.1 d) en relación con el 17.3 ET, como medida de fomento del empleo y en redacción del art. 1 RD 1989/1984, “*para la realización de actividades, cualquiera que fuera la naturaleza de las mismas*”, correspondan por tanto a puestos de trabajo fijos o no.

¹¹⁵ Con subvenciones de entre 500.000 y 550.000 ptas. con determinadas condiciones (art. 2 y ss. de la Ley). Texto tomado del Preámbulo de la Ley (subrayados propios).

¹¹⁶ En la DT 4ª se preveían exenciones de entre el 90 y el 100% de la cuota empresarial a S. Social por contingencias comunes “*hasta tanto no se regule por el Gobierno el contrato especial de formación profesional previsto en el número 2 del artículo 34 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, las empresas que contraten para la formación a tiempo completo a trabajadores minusválidos*”

*cuya contratación se subvenciona (...) y se establece la obligación de los beneficiarios de los incentivos de mantener el nivel de empleo durante al menos tres años, y de sustituir, en caso de vacante, los contratos extinguidos por otros de igual naturaleza*¹¹⁷.

Sin embargo, *mantenía la figura del contrato temporal de fomento de empleo* (no causal), lo que continuaba constituyendo un incentivo indirecto a la temporalidad sin causa, si bien aumentaba a doce meses su duración mínima¹¹⁸ y eliminaba las bonificaciones de cuota de S. Social para este tipo de contratos.

Finalmente, en la misma línea iniciada de favorecer la contratación indefinida, derogaba las reducciones de cuota empresarial a la Seguridad Social para los contratos en prácticas y para la formación, sustituyéndolas por *incentivos para su conversión en indefinidos*.

2.3.2. Por su parte, la **Ley 10/1994**, nació con la ya conocida y reiterada declaración de que *“con el objetivo de luchar contra el paro y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo (...) es necesario abordar la reforma del marco de relaciones laborales, (...) optimizar las posibilidades de colocación existentes, favorecer la inserción laboral de los jóvenes sin formación profesional específica o sin experiencia laboral o posibilitar el trabajo de un mayor número de personas”*¹¹⁹.

Sin embargo, promulgada sin el acuerdo de las organizaciones sindicales y si bien supuso algún avance en cuanto a las condiciones de utilización del contrato a tiempo parcial, la reforma de 1994 favoreció una mayor precariedad, en un nuevo retroceso respecto de los objetivos de estabilidad en el empleo:

a) La “reinención” del **contrato de aprendizaje**, que vino a sustituir al contrato de formación (con salario menor y excluido de la prestación de desempleo) produjo un **brusco abaratamiento del trabajo de los jóvenes**, en particular de los no cualificados¹²⁰, con el consiguiente deterioro de sus condiciones de trabajo y de cobertura social.

b) Se prorrogó la duración de los *contratos temporales de fomento de empleo*¹²¹.

c) Se produjo un nuevo paso atrás en la línea iniciada de reservar los incentivos económicos a la contratación indefinida, al crearse *programas de fomento de empleo* para trabajadores mayores de cuarenta y cinco años, minusválidos y beneficiarios de prestaciones por desempleo que fueran contratados **temporalmente con bonificaciones**

¹¹⁷ Del Preámbulo de la *Ley 22/1992, de 30 de julio* (subrayados propios).

¹¹⁸ Al tiempo, por cierto, que aumentaba a ese mismo periodo el mínimo para el acceso a la prestación de desempleo.

¹¹⁹ Del Preámbulo de la *Ley 10/1994 de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación* (subrayados propios).

¹²⁰ La vida del contrato de aprendizaje sólo alcanzó hasta la siguiente reforma de 1997.

¹²¹ “*Durante dieciocho meses para los de duración máxima de tres años que expiraran entre 1 de enero y 31 de diciembre de 1994, período durante el cual, de no adoptarse tal medida, se estima que la decisión empresarial podría no ser proclive al mantenimiento del empleo*” (sic en el Preámbulo de la Ley). Ciertamente, ya parece que tras cincuenta y cuatro meses de contrato temporal “*de fomento de empleo*”, debería considerarse un puesto estructural.

en cuotas de S. Social por cuantías entre el 50 y el 100% de las cuotas empresariales en contingencias comunes¹²².

De esta forma, en un nuevo paso atrás, se generalizaba la modalidad del incentivo mediante el recurso a las *bonificaciones en S. Social con cargo a presupuestos del INEM como medida de fomento de empleo, tanto para los contratos indefinidos como para ciertos contratos temporales*¹²³.

2.3.3. Habría que esperar a la **Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del Mercado de Trabajo y el fomento de la Contratación Indefinida**, promulgada tras el “Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo” alcanzado por las organizaciones sindicales y patronales, para encontrar una norma que, tras poner de manifiesto en su Preámbulo que “*la alta tasa de desempleo existente (22% de la población activa y 42% entre la población menor de 25 años), así como el alto índice de temporalidad (34%) y rotación de la contratación laboral que tiene graves efectos sobre la población trabajadora, el crecimiento económico, el funcionamiento de las empresas y el sistema de protección social*”, se propusiera explícitamente “*potenciar la contratación indefinida, favorecer la inserción laboral y la formación teórico-práctica de los jóvenes; especificar y delimitar los supuestos de utilización de la contratación laboral, especialmente los contratos de obra o servicio o eventual por circunstancias de la producción; y mejorar el actual marco de la protección social del trabajo a tiempo parcial*”¹²⁴.

Así nació el contrato **indefinido para el fomento del empleo** (D.A. 1ª) que, reduciendo a 33 días por año trabajado con el límite de 24 mensualidades en el caso de despido improcedente por causas objetivas, se aplicaba a facilitar la *colocación estable* de trabajadores *desempleados* (jóvenes, parados de larga duración, mayores de 45 años y minusválidos) y de empleados sujetos a contratos *temporales* que se transformarían. Este nuevo tipo de contrato¹²⁵, a pesar de nacer con vocación transitoria, perdura hasta hoy como instrumento para la sustitución paulatina del tradicional contrato indefinido con indemnización de 45 días por año en caso de despido improcedente, es decir, como instrumento de abaratamiento del coste de tal tipo de despido.

Al mismo tiempo, y como avances muy significativos, la Ley **eliminaba de nuevo las bonificaciones a la contratación temporal**, salvo para los trabajadores minusválidos; **derogaba, por fin, el contrato de lanzamiento de nueva actividad** y **acotaba los supuestos de los contratos temporales** (eventuales y por obra o servicio) y **formativos**. Finalmente, reordenaba la regulación del contrato a tiempo parcial, reconduciéndolo en ciertas condiciones a la figura del fijo discontinuo y **derogaba el contrato de aprendizaje** subsumiéndolo en el de formación (art.1. Dos y DT 1ª).

¹²² En programas anuales. El primero, para 1994, en la DA 6ª de la Ley. La propia Ley las amplía para los contratos de aprendizaje.

¹²³ Como se ha visto, iniciado para los contratos formativos en 1984 y hasta 1992 y aplicado también para los trabajadores minusválidos. Con anterioridad, en general, el incentivo consistía en subvenciones por una cantidad determinada a la firma del contrato. Las bonificaciones se mantienen a cargo de recursos del INEM.

¹²⁴ Que, efectivamente, veía reducido el acceso a las prestaciones de forma drástica con la normativa hasta entonces vigente (los subrayados son propios).

¹²⁵ Su análisis no se aborda aquí por exceder el objeto del trabajo, aunque sí se harán referencias a su evolución.

2.3.4. Mediante la simultánea **Ley 64/1997**, de 26 de diciembre, por la que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo, se reordenaron las ayudas a la contratación de una forma selectiva. Tras reconocer explícitamente en su Preámbulo que “la utilización excesiva de las modalidades temporales de contratación contrasta con los escenarios de relaciones laborales de la Unión Europea”, concretaba la incentivación en “importantes bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, debidamente graduadas, que se financiarán con cargo a las correspondientes partidas presupuestarias del Instituto Nacional de Empleo”. Y ello para permitir “que no se vean afectados negativamente los ingresos del sistema de Seguridad Social ni tampoco los recursos destinados a políticas activas”. Así, tanto para los nuevos contratos indefinidos de fomento de empleo como para las conversiones de temporales en indefinidos, se establecían, aparte de otros incentivos fiscales, bonificaciones de entre un 40 y un 60% en la cuota empresarial a S. Social.

De esta manera, la **Reforma de 1997** vio la luz con vocación de *neutralizar en parte los efectos del abusivo recurso a la contratación temporal*, mediante modificación normativa, pero también acudiendo a los mecanismos de *incentivo económico* público para la contratación indefinida. Dirigidos inicialmente a favorecer a los colectivos más desprotegidos, fueron sucesivamente modificándose los supuestos de incentivación¹²⁶ y, en especial, limitándose a los casos de **conversión de contratos temporales en indefinidos**.

2.4. Las Reformas a partir de 2001.

2.4.1. De nuevo la **Ley 12/2001**, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, tras constatar “unos efectos globalmente positivos” de las medidas hasta entonces adoptadas, planteaba la necesidad de “decidir acerca de la continuidad del contrato del fomento del empleo indefinido”¹²⁷ (...) y reducir las aún excesivas tasas de temporalidad existentes”.

La ley modificó la regulación de diversas figuras contractuales como el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo, el fijo discontinuo o el contrato temporal eventual por circunstancias de la producción e introdujo nuevas garantías en los casos de subcontratación y sucesión de empresa¹²⁸. En cuanto a materias conexas con las aquí estudiadas, incrementó los controles de los contratos temporales y los derechos de los

¹²⁶ Así, el programa de fomento de empleo de la *Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social* supuso la desaparición de las bonificaciones a la conversión en indefinidos de determinadas modalidades de contratos temporales; la reducción de las bonificaciones para jóvenes; el incremento de las bonificaciones para mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, desempleados procedentes del subsidio agrario, o cuando el que contrata es un autónomo sin asalariados y la introducción de un nuevo programa para personas en situación de exclusión social.

¹²⁷ No se olvide que nació con vocación de temporalidad.

¹²⁸ En transposición de las previsiones de la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (art. Primero de la Ley)

trabajadores titulares de tales contratos¹²⁹, entre otros la indemnización prevista para la finalización de los contratos de obra o servicio determinado¹³⁰.

Centrándonos en las medidas de fomento, se señalará que, en relación con el **contrato indefinido de fomento de empleo, pasaba a aplicarse de forma definitiva e indefinida**¹³¹, *ampliando los colectivos* incluidos a grupos como mujeres subrepresentadas, autónomos que contratasen indefinidamente a su primer trabajador y empresas sin ánimo de lucro que contratasen trabajadores desempleados en situación de exclusión social. En realidad, venía a aplicarse así a **todos los grupos de trabajadores salvo los varones de entre 30 y 45 años**. Para estos colectivos, los incentivos se situaban en un amplio abanico entre el 20 y el 100% de la cuota empresarial a S. Social, mientras que para las conversiones en contrato indefinido se limitaban al 25% de dicha cuota.

De esta forma cristalizaba la *paulatina separación* entre los incentivos a la contratación indefinida, de un lado, mediante el contrato **indefinido de fomento de empleo** que se consolidaba como tipo de contrato no transitorio, sino de vocación estructural en el sistema de relaciones laborales y, de otro lado, mediante los *mecanismos de conversión de contratos temporales en indefinidos*.

Aparecía también con la Ley un nuevo mecanismo de fomento indirecto del empleo indefinido, como es el *aumento en un 36% de la cuota empresarial a S. Social por contingencias comunes para los contratos temporales de duración efectiva inferior a 7 días*¹³². Finalmente, se creaba el denominado *contrato de inserción* para desempleados que realizaran trabajos para AAPP o entidades sin ánimo de lucro, que, dada su limitada utilidad, desapareció poco después¹³³ y se modificaban las condiciones de los contratos de suscritos por los **organismos públicos de investigación**¹³⁴.

2.4.2. En una situación relativamente excepcional en relación con las que habían venido enmarcando las medidas de fomento de empleo (pues tiene lugar en pleno crecimiento económico y del empleo), se promulgó la **Ley 43/2006 de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo** como nueva expresión del diálogo social. La norma parte del hecho de que, pese al crecimiento del empleo y al descenso de la tasa de desempleo hasta niveles desconocidos desde 1979, persisten desequilibrios en el mercado de trabajo que en su preámbulo se describen como: *“la reducida tasa de ocupación y actividad de las mujeres españolas, el que la tasa de paro todavía supera ligeramente a la media de la Unión Europea, siendo especialmente elevada en el caso de los jóvenes, las mujeres y las personas con discapacidad; la persistencia de segmentaciones entre contratos temporales e indefinidos y, sobre todo, la elevada tasa de temporalidad, la más alta de la Unión Europea, y por encima del doble de la media de ésta”*. Al mismo tiempo, viene a reconocer que las medidas de estímulo en este sentido no han tenido los efectos esperados, por lo que hay que

¹²⁹ En transposición también de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (art. Segundo de la Ley)

¹³⁰ A razón de ocho de salario días por año de servicio (ver art. Tercero de la Ley).

¹³¹ Mediante la DA 1ª de la Ley, que, sin embargo, no supone la modificación del ET.

¹³² Salvo para los contratos de interinidad (DA 6ª).

¹³³ Art. 15.3 d) ET, derogado por la Ley 43/2006.

¹³⁴ DA 7ª, que modifica el art. 17 de la Ley 13/1986 de 14 de abril de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica.

establecer correcciones, fijándose los siguientes tres objetivos para el nuevo Programa de Fomento del Empleo:

a) *Impulsar* la utilización de la **contratación indefinida**:

- Favoreciendo la contratación indefinida *inicial* mediante un nuevo sistema de **bonificaciones** a la **contratación indefinida** en el que *no tiene cabida la conversión de los contratos temporales*, con objeto de evitar que el camino común para la contratación indefinida bonificada sea precisamente el contrato temporal previo.

- Estimulando la **conversión** de contratos temporales en indefinidos, mediante la revisión de los límites temporales de la Ley 12/2001 para la aplicación del *contrato indefinido de fomento de empleo* a los contratos temporales suscritos después de 31.12.03¹³⁵.

- Bonificando la conversión en indefinidos de contratos temporales mediante un **Plan extraordinario de conversión**¹³⁶.

b) *Modificar el sistema de incentivos a la contratación indefinida* mediante:

- Mejor **selección de los colectivos de desempleados**¹³⁷ beneficiarios.
- *Simplificación* del sistema, fijando para estos colectivos una bonificación de cuota empresarial a S. Social de contingencias comunes, que toma la forma de **cuantías fijas** mensuales¹³⁸.

- *Ampliación* de la duración los **periodos** bonificados a cuatro años¹³⁹.

- *Reducción de la cotización empresarial por desempleo* para los contratos indefinidos en 0,50 puntos en dos años.

- *Reducción de tipos de cotización*¹⁴⁰ de las ETT (desempleo) y al FOGASA.

- Incentivos a la **permanencia** de trabajadores *mayores de 60 años* con contrato indefinido en las empresas¹⁴¹ y a la *reincorporación de trabajadoras* con contrato indefinido tras embarazo o excedencia por cuidado de hijos¹⁴².

¹³⁵ Dando un nuevo plazo, al incluir los celebrados con anterioridad al 1 de julio de 2006 que se transformaran en indefinidos antes del 1 de enero de 2007. Es decir, que a partir de 01.01.2007, no sería posible para tal tipo de contrato el supuesto de conversión, sino que sería necesario un contrato *ex novo*.

¹³⁶ Art. 3 de la Ley: Incluidos los formativos, de relevo y de sustitución por jubilación, celebrados con anterioridad al 1 de julio de 2006, que se transformen en indefinidos antes del 1 de enero de 2007, que mantienen bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social de 66,67 euros/ mes (800 euros/ año), durante 3 años. (frente a los dos años de la normativa anterior).

¹³⁷ Con respecto a la normativa anterior, Ley 12/2001, se amplía al colectivo de varones entre 16 y 30 años y a mujeres reincorporadas al empleo tras cinco años de inactividad. Se elimina el colectivo de mujeres subrepresentadas, los desempleados perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo, a los que les reste un año o más de percepción en el momento de la contratación y perceptores incluidos en el Régimen especial agrario.

¹³⁸ Las cuantías fijas sustituyen a los porcentajes para favorecer las contrataciones de trabajadores de menor cualificación. Los contratos a discapacitados mantienen las bonificaciones en forma de porcentaje.

¹³⁹ Salvo para los mayores de 45 años y discapacitados, que son de toda la duración del contrato.

¹⁴⁰ No se trata en puridad de una medida selectiva de fomento de la contratación indefinida, sino de fomento indirecto a la contratación, al reducir el coste de la cotización, y, por tanto, del trabajo. En cuanto a las ETT, se iguala el tipo de la cotización de desempleo para los contratos de duración determinada a tiempo completo con los de las demás empresas, pasando de 7,7% a 6,7%. En cuanto a la cotización al FOGASA se reduce a la mitad, del 0,4% al 0,2%, con carácter general.

¹⁴¹ Bonificación del 50 por 100 de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, incrementándose anualmente dicha bonificación en un 10 por 100 transcurrido un año desde su aplicación, hasta alcanzar un máximo del 100 por 100.

De esta forma, los colectivos a cuyos *contratos indefinidos se aplicaba bonificación* alcanzaban una importante amplitud.¹⁴³

c) En cuanto a los *contratos temporales*, se mantenían bonificaciones **en casos excepcionales**, como *discapacitados* con contrato de fomento de empleo, víctimas de *violencia de género* y personas en situación de *exclusión social*, con diversas cantidades anuales durante toda la vigencia del contrato, dependiendo del grado de discapacidad y siendo superiores si son mujeres. Se mantiene asimismo la bonificación del 100% de la totalidad de la cuota empresarial a S. Social para los contratos indefinidos o temporales suscritos con discapacitados en centros especiales de empleo.

Finalmente, es de señalar que, con el objeto de **evitar el encadenamiento** de contratos temporales¹⁴⁴, se modificaba el art. 15.5 ET en el sentido de que “*los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”.* (art. 12. Dos). En la D.T.2ª se prevé su aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir del 15 de junio de 2006¹⁴⁵.

2.4.3. Ya en plena crisis, la **Ley 27/2009 de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas**, en su art. 5, reguló un **nuevo tipo de bonificación**¹⁴⁶ para la contratación de *desempleados beneficiarios* de prestaciones, de subsidios por desempleo o de la Renta Activa de Inserción, equivalente al 100 por 100 en la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes hasta que la cuantía de la bonificación

¹⁴² Por cuantía de 100 euros al mes (1.200 euros/ año) durante los 4 años siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo. En el supuesto de que el contrato fuera de duración determinada o temporal, se tendrá derecho a esa misma bonificación si en el momento de la reincorporación el contrato se transforma en indefinido.

¹⁴³ *Mujeres* desempleadas y víctimas de violencia de género: 70,83 euros/ mes durante 4 años; contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto, o de la adopción o acogimiento: 100 euros/ mes durante 4 años; reincorporadas al empleo después de cinco años de inactividad laboral, siempre que, anteriormente a la retirada del mercado de trabajo, hubiesen estado de alta en cualquier régimen de Seguridad Social durante un mínimo de 3 años: 100 euros/ mes durante 4 años. *Mayores* de cuarenta y cinco años: 100 euros/ mes durante toda la vigencia del contrato. *Jóvenes* de dieciséis a treinta años, ambos inclusive: 66,67 euros/ mes durante 4 años. *Desempleados* inscritos ininterrumpidamente durante, al menos, seis meses: 50 euros/ mes durante 4 años. *Discapacitados*: en el supuesto de contratación indefinida, con carácter general, 375 euros/ mes durante toda la vigencia del contrato (que es superior o incorpora cantidades acumulables en ciertos supuestos especiales, según la previsión del art. 2 Ley 43/2006). La misma bonificación en el supuesto de transformación en indefinidos. *Víctimas* de la violencia de género: 70,83 euros/ mes durante 4 años. (50 euros/ mes si es contrato temporal). *Exclusión social*: 50 euros/ mes durante 4 años (41,67 euros/ mes si es contrato temporal). *Transformación en indefinidos* de los contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación: 41,67 euros/ mes durante 4 años.

¹⁴⁴ Como continuación no declarada de la transposición de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio, ya mencionada.

¹⁴⁵ Respecto a los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, se tomará en consideración el régimen vigente a 15 de junio de 2006.

¹⁴⁶ De corta vida, ya que sería derogado por la Ley 35/2010, como se señala más adelante.

alcance un importe equivalente a la cuantía bruta de la prestación que tuviera pendiente de percibir en la fecha de inicio de la relación laboral, sin que en ningún caso la bonificación pudiera superar los tres años de duración¹⁴⁷. Como novedad importante, y a efectos de impedir las sustitución de trabajadores, se exigía el requisito de que el empleador beneficiario debería ***mantener la estabilidad en el empleo*** del trabajador contratado *durante al menos un año* desde la fecha de inicio de la relación laboral. La bonificación era incompatible con cualquier otra.

2.5. Algunas conclusiones sobre la situación previa a la Reforma Laboral de 2010.

De todo lo antes referido podemos extraer una caracterización de la evolución de las medidas de fomento de empleo aplicadas hasta el año 2010. Destacaremos los puntos de análisis siguientes:

a) La **masiva utilización de la contratación temporal sin causa como medida de fomento de empleo**, a menudo bonificada, que se extiende desde el inicio de los años 80 hasta 1994 y que se aplica incluso en el periodo de auge económico 1986-1992, produce un efecto **muy negativo** sobre el mercado de trabajo, de forma que, en claro olvido de los requisitos legales para la utilización de dichos contratos, hace crecer los niveles de precariedad hasta tasas superiores al 30%, muy por encima de la existente en países de nuestro entorno¹⁴⁸, diferencial éste de los más relevantes de nuestro mercado de trabajo.

b) De esta forma, se instala una práctica perversa en el común de las empresas (incluso aceptada socialmente) que considera la **contratación temporal como un mecanismo natural y legítimo de contratar en cualquier ocasión**, y que tiene utilidad como selección o prueba de trabajadores, mientras que la contratación indefinida se contempla como excepcional¹⁴⁹. Más allá de las iniciales medidas favorecedoras de la extensión de la temporalidad, cuando la ley ha sido más restrictiva, ya se había impuesto como costumbre el masivo (y a menudo impune) incumplimiento de la normativa mediante la suscripción de este tipo de contratos en claro fraude de ley. Esta práctica ha escapado en general de la vigilancia del Estado, en un periodo en que cobra toda su fuerza la retirada de la Administración¹⁵⁰ de sus funciones de intervención (así, no se considera hasta muy tarde un objetivo destacado –nunca prioritario– de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Tampoco la jurisdicción¹⁵¹ es capaz de abordar sino la muy pequeña parte de los casos que le es sometida. De este modo, puede afirmarse que no son las limitaciones legales (aunque ciertamente existe margen de

¹⁴⁷ En el caso de desempleados beneficiarios de la prestación contributiva, el trabajador deberá haber percibido la prestación durante, al menos, tres meses en el momento de la contratación.

¹⁴⁸ En 2008, último año con datos disponibles, España ostentaba el dudoso honor de ocupar el primer lugar en tasa de asalariados con contrato temporal en la UE 27 (superando el 30%, frente al 14% de media UE 27 y el 17% de media de la Eurozona). Ver *Europa en cifras. Anuario EUROSTAT 2010*, pg. 292: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-CD-10-220/FR/KS-CD-10-220-FR.PDF

¹⁴⁹ Sin considerar los graves efectos en la capacidad de reivindicación y de organización de los trabajadores que el contrato precario supone.

¹⁵⁰ Por cierto, las AAPP se convierten por su parte, en este periodo, en un vivero de este tipo de contratos.

¹⁵¹ Y ello haciendo abstracción de la paulatinamente más permisiva jurisprudencia en casos como los contratos de obra para concesionarios.

mejora) el principal obstáculo para la reducción de la temporalidad, sino que hubiera sido suficiente con cumplir la norma e impedir su uso abusivo.

c) La cuestión de fondo que subyace es la clásica reivindicación empresarial del descenso del **coste de la indemnización del despido improcedente**, indebidamente puesta en relación directa con la creación de empleo. Si durante los primeros años (hasta 1997) se opta por el camino más corto mediante el recurso abusivo a la contratación temporal, cuando todos los límites se han sobrepasado, se recurre a una **doble vía de corrección**: por un lado el establecimiento de **incentivos (bonificaciones) a la contratación indefinida en origen o para la conversión de contratos temporales en indefinidos** y, por otro, la regulación (inicialmente temporal, pero más tarde de forma definitiva) de un **nuevo contrato con indemnización inferior** (el contrato de fomento de la contratación indefinida).

d) La consolidación de la figura del **contrato indefinido de fomento del empleo no había producido antes de junio de 2.010 los efectos esperados**, ya que no se había generalizado su uso. Y ello a pesar de que a partir de 2.001 se aplicaba en realidad a todos los grupos de trabajadores salvo los varones de entre 30 y 45 años, con importantes incentivos (incluso para las conversiones hasta finales de 2.006).

f) Las **bonificaciones a la contratación indefinida** aplicadas a partir de 1997 han ido teniendo, con independencia de su coste en términos de ayuda pública, un **cierto efecto positivo** al invertir la tendencia al crecimiento de la tasa de contratación precaria sin causa¹⁵². Sin embargo, muchos de los contratos convertidos en indefinidos y beneficiados de incentivos habían sido suscritos inicialmente como temporales en fraude de ley, por lo que no deberían haber gozado de tales beneficios. De ellos, sólo una pequeña parte pudo ser inspeccionada, con la consecuente devolución de los beneficios indebidos. Para el resto, tuvo lugar en la práctica una especie de amnistía ni deseada ni declarada.

g) Precisamente con el objetivo de evitar que el tránsito generalizado a la contratación indefinida fuese el contrato temporal por la expectativa de bonificación posterior, hubo que variar a partir de 2007 el criterio de incentivación, **centrándolo en la contratación indefinida inicial y no en la conversión**.

h) Según los objetivos a conseguir, **se han alternado medidas generales con las más selectivas**. Cuando éstas han sido prioritarias, han tomado la forma de restricción de los colectivos afectados u otras indirectas como la sustitución de las bonificaciones en porcentaje de cuota a S. Social por cantidades **fijas**, que, al menos teóricamente, incentivan en mayor medida la contratación de trabajadores de **baja cualificación**.

i) Ha sido también objeto de análisis el **efecto real que la bonificación de cuota a la S. Social tiene en la creación neta de empleo**. Los estudios disponibles¹⁵³ coinciden en que tal efecto es muy dudoso. En primer lugar, porque su

¹⁵² Calculando sobre datos EPA, en 1997, casi el 33% de los trabajadores tenía suscrito contrato temporal, mientras que a junio de 2010, la tasa había descendido a en torno al 25%.

¹⁵³ En particular, “*El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la S. Social para el empleo en la afiliación a la S. Social: Un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*” Luís TOHARIA CORTES y otros. Ministerio de Trabajo e Inmigración.

generalización¹⁵⁴ **limita gravemente su eficacia**. Y en segundo lugar por los denominados “*efecto ganga*” o “*efecto sustitución*”, es decir, que la mayoría de los puestos así creados lo habrían sido de todas formas por necesidades productivas de las empresas o, incluso, que las medidas de fomento favorecen indirectamente la expulsión de trabajadores ocupados para ser sustituidos por otros que incorporan la bonificación. Estas reflexiones han conducido también a la aplicación posterior de criterios más ajustados, aplicando **mayor selectividad** en los colectivos afectados e introduciendo obligaciones de **mantenimiento o aumento de plantilla fija**, como se verá.

j) Además, la generalización de las subvenciones por bonificación de cuota a la S. Social tiene un **límite: el gasto del conjunto del sistema**. Si bien las bonificaciones se financian con cargo a políticas activas de empleo del SPEE y no directamente del presupuesto de S. Social, en momentos de crisis y descenso de los ingresos del sistema es necesaria una adecuación del gasto sobre la base de evaluar su impacto real sobre la creación de empleo (o sobre la mayor estabilidad del mercado de trabajo).

k) Se avanza, aunque tímidamente, en el reconocimiento como trabajadores fijos de los sometidos a **contratos temporales encadenados**¹⁵⁵.

l) Se puede observar, finalmente, el **efecto de la intervención sindical** en forma de acuerdo de “*concertación*” o éxito del dialogo social en los momentos de avance o corrección de las disfuncionalidades. Así, iniciadas las regulaciones en 1982, el primer acuerdo de concertación se produce en 1992 (limita la bonificación a la contratación indefinida que suponga creación de empleo neto, aunque se mantiene la desvinculación causal para el empleo temporal). La ausencia de acuerdo en 1994 se refleja en el regreso a las bonificaciones para contratos temporales o en las nuevas condiciones de precariedad del contrato de “aprendizaje”. Por el contrario, el nuevo periodo de consenso que se abre en 1997 y que dura hasta 2009, aunque se inaugura con la introducción de la nueva figura del contrato de fomento del empleo indefinido (reducción de la indemnización por despido improcedente) permite correcciones y avances. Así, la introducción de conceptos de selectividad o limitación en las ayudas (1997); la incentivación de la contratación indefinida (2001); la exclusión de la bonificación a los contratos temporales o la limitación al encadenamiento de contratos temporales (2006) y, finalmente, la introducción de la obligación de mantenimiento del incremento del empleo neto para recibir las ayudas a la contratación (2009).

3. LA REFORMA LABORAL DE 2010.

La Reforma laboral de 2010 responde inicialmente al intento de abordar mediante modificaciones normativas las consecuencias en el empleo de la **crisis económica** desencadenada en 2008, aunque se precipita en el tiempo a partir de los ataques especulativos a la deuda soberana española de primavera de 2010. Además, y en lo que se refiere a las medidas de fomento del empleo, pretende extraer consecuencias del análisis de los efectos de las que con anterioridad se han desplegado.

¹⁵⁴ Especialmente tras la previsión de la Ley 27/2009 antes mencionada, que subvencionaba contratos temporales aunque con la garantía de duración de, al menos, un año.

¹⁵⁵ Recuérdese la previsión de la Ley 43/2006 para contratos suscritos a partir de 15 de junio de ese año (no para los contratos anteriores vigentes)

El análisis del Gobierno¹⁵⁶ en los meses precedentes, en lo que aquí interesa, responde a un triple objetivo: 1) **Reducir la “dualidad” y la temporalidad del mercado de trabajo**: El recurso excesivo a la temporalidad ha impregnado nuestro sistema de tal forma que ha reemplazado la utilización normalizada de múltiples instituciones laborales tales como los periodos de prueba, la contratación a tiempo parcial, los contratos formativos o las medidas de flexibilidad interna. Un objetivo es colocar la contratación estable como elemento central del modelo de nuevo crecimiento económico, lo que favorece la formación y cualificación de los trabajadores, su implicación en el proyecto empresarial y mayores niveles de seguridad y salud en el trabajo. Para ello se proponen medidas que propicien el uso de la contratación indefinida y que racionalicen y desincentiven el uso de la contratación temporal; 2) **Favorecer el empleo de los jóvenes**, mediante un programa específico en concertación con las CCAA y una mayor utilización de los contratos de formación, mejorando su protección social al incluir la contingencia de desempleo y eximiendo del coste y la impartición de la formación teórica a las empresas de menos de 50 trabajadores y 3) **Revisar la política de bonificaciones** a la contratación, dado que el vigente sistema era prácticamente universal.

Este análisis coincide a grandes rasgos con el de instituciones como la OCDE¹⁵⁷, aunque no en las medidas concretas a tomar, ya que esta organización, junto a otras medidas relativas al sistema de prestaciones¹⁵⁸ pone el acento, para reducir la denominada “dualidad”¹⁵⁹ en el mercado de trabajo en la introducción de una única modalidad de contrato permanente con indemnizaciones reducidas¹⁶⁰, en combinación con una mejor ejecución de la regulación de los contratos temporales.

También en otros ámbitos, como el Pacto de Toledo¹⁶¹, se avanzaban propuestas complementarias como la extensión de la posibilidad de cotizar al sistema de seguridad social por cualquiera de los trabajos realizados en todos los sectores de actividad económica (extensión al conjunto del colectivo de becarios de postgrado de la cotización, e inclusión de todas las empleadas de hogar como cotizantes a partir de

¹⁵⁶ Del documento gubernamental “*Líneas de actuación en el mercado de trabajo para su discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social*”. Febrero de 2010.

¹⁵⁷ *Perspectivas OCDE: España. Políticas para una recuperación sostenible. 2010.*

¹⁵⁸ Como mayores exigencias de “activación” de los desempleados o recurso a la reducción temporal de jornada, medidas por cierto contempladas en otros capítulos de la Reforma.

¹⁵⁹ Término el de “dualidad” bien confuso por cierto, ya que el problema no es que haya dos colectivos de trabajadores, unos sometidos a condiciones de precariedad y otros no: el problema, por el contrario, es el tamaño relativo del primero de los colectivos, por cierto creciente con la crisis. Si no se entiende así, lo que se da a entender es que la responsabilidad de la situación recae sobre los “no precarios”, que aparecen como privilegiados. Consecuentemente, la forma de que desaparezca el privilegio no es otra que homogeneizar las condiciones (básicamente el coste del despido improcedente) aplicando las más desfavorables a todos los trabajadores: así el mercado no es dual, sino único, pero en las peores condiciones. O, por decirlo en lenguaje directo, si el problema no es la abundancia de contratos temporales, sino la existencia de “dos” mercados, el caro y el barato, la solución es fácil: que exista sólo uno, naturalmente el barato. Este razonamiento (aplicado, por ejemplo por las organizaciones empresariales y por la propia OCDE) convive, precisamente por lo confuso del término, con el más ajustado a la realidad, pero no por ello prevalente, que conduciría a la reducción de las facilidades normativas a la temporalidad.

¹⁶⁰ Es decir, en la desaparición en la práctica de la protección especial al despido improcedente, en línea con las reivindicaciones “máximas” del empresariado: el *contrato único*.

¹⁶¹ *Documento sobre revisión del Pacto de Toledo. MTIN. Enero 2010*, último informe de situación disponible.

cualquier trabajo periódico) o la consideración de si una parte de las actuales bonificaciones no debe salir de los Presupuestos del SPEE para ubicarse, en términos de neutralidad, en los Presupuestos de la Administración de Seguridad Social, por atender más al objetivo de la prolongación de la vida laboral que al desarrollo de políticas activas de empleo (así, las bonificaciones en la cotización para el mantenimiento en actividad de los mayores de 59 años con antigüedad en su puesto de trabajo).

Por su parte, en el último documento de trabajo elaborado en la Comisión de Trabajo del Congreso de los Diputados sobre Recomendaciones al Pacto de Toledo, se propone, entre otras cuestiones conexas, que: 1) Las *políticas activas* de empleo que introduzcan bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social vayan exclusivamente con cargo a la fiscalidad general; 2) El sistema de *bonificaciones debe concentrarse* en las situaciones y colectivos cuyo empleo se persigue favorecer de forma especial y de manera más intensa para incentivar el mantenimiento del empleo de los mayores de 55 años y 3) Se aborde la persistente *temporalidad y precarización de las condiciones de trabajo de los jóvenes*, así como sus elevados índices de rotación, que impiden la acumulación de carreras de cotización mínimamente prolongadas y, por consiguiente, determina futuras pensiones de jubilación de escasa cuantía.

Tras varios meses de negociación tripartita, no fue posible alcanzar un acuerdo y el Gobierno se vio forzado por las presiones de la UE a tomar precipitadamente una serie de medidas de ajuste que abarcan desde la reducción del gasto público (reducción del sueldo de los funcionarios, la congelación de las pensiones, o recorte de inversiones, entre otras) hasta ayudas al sistema financiero, pasando por la modificación de las leyes laborales. De este modo, nace la Reforma sin consenso y súbitamente¹⁶² mediante la promulgación del **Real Decreto-Ley 10/2010 de 16 de junio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo**, aprobado por exigua mayoría del poder legislativo y contestado por los sindicatos, que convocan una huelga general que tendría lugar inmediatamente después de culminado su proceso de tramitación como **Ley 35/2010**.

Con posterioridad, una mayor voluntad de acuerdo ante el recrudecimiento de las presiones exteriores en relación con las reformas a introducir en otros ámbitos de índole laboral (en especial el sistema de pensiones de la S. Social), propició un nuevo clima de encuentro entre el Gobierno y los agentes sociales que cristalizó en el denominado Acuerdo Social y Económico. Así, vería la luz, junto a desarrollos reglamentarios de la Ley, el **Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas**, más conocido como “*Plan de choque para jóvenes desempleados*”.

A continuación se analizará el contenido concreto de la Reforma en cuanto a la materia de nuestro estudio, relacionándolo con los elementos de análisis previos y los objetivos identificados y en cierta medida compartidos por Gobierno y agentes sociales.

3.1. Sobre la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

¹⁶² Lo que no impide, sin embargo que, como se verá, incluya, en lo que se refiere a nuestro asunto, muchos elementos derivados del análisis compartido durante los meses de negociación previos con patronal y sindicatos.

Con los antecedentes señalados y concebida teóricamente como instrumento para facilitar el empleo, la **Ley 35/2010** señala como debilidades de nuestro modelo de relaciones laborales¹⁶³, las siguientes: 1) *Un significativo peso de los trabajadores con contrato temporal, que constituye una anomalía en el contexto europeo, y que ha derivado en una fuerte segmentación entre trabajadores fijos y temporales;* 2) *Un escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas que ofrece la legislación actual y* 3) *Una insuficiente capacidad de colocación de los servicios públicos de empleo y 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.*

Así, en lo que se refiere al objeto de nuestro estudio, pretende dos objetivos: a) *reducir la dualidad de nuestro mercado laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad* y b) *eleva las oportunidades de las personas desempleadas, con particular atención a los jóvenes, reordenando para ello la política de bonificaciones a la contratación indefinida para hacerla más eficiente y haciendo más atractivos para empresas y trabajadores los contratos formativos*. Y lo hace así:

- Modificando de la regulación del **contrato para el fomento de la contratación indefinida**, de forma que *prácticamente se generaliza*.
- **Limitando las bonificaciones a la contratación indefinida** y añadiendo para su obtención requisitos de incremento de empleo.
- Incentivando la **utilización de los contratos formativos** mediante la mejora de su regulación en cuanto a retribución y cobertura de prestaciones.

Examinaremos a continuación las modificaciones normativas establecidas para ello.

3.1.1. La generalización del contrato para el fomento de la contratación indefinida.

Se modifica la regulación vigente (D. A. 1ª Ley 31/2001), partiendo de la base de que tal contrato *no ha venido cumpliendo su función* de promover el acceso a contratos de carácter indefinido de los colectivos con más dificultades de obtenerlos. El resultado es la **práctica generalización** del ámbito de aplicación de tal tipo de contrato, es decir, de la posibilidad de indemnización a razón de 33 días por año en caso de despido improcedente. Así:

a) **Amplía los colectivos de desempleados** inscritos con los que se puede suscribir esta modalidad de contrato, de forma que, a los ya existentes (*jóvenes* de dieciséis a treinta años, *mujeres subrepresentadas*, *mayores* de cuarenta y cinco años, *personas con discapacidad* y *parados de larga duración*), **se añaden** aquellos en quienes concurra alguna de las siguientes condiciones:

¹⁶³ Que, según señala en el Preámbulo, “*vienen a explicar la elevada sensibilidad del empleo al ciclo económico que se ha venido poniendo de manifiesto en nuestro país, lo que hace que crezca mucho en las fases expansivas pero que se destruya con igual o mayor intensidad en las etapas de crisis*”

- *Mujeres* en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha *del parto o de la adopción o acogimiento de menores; reincorporadas* al mercado de trabajo tras un período de inactividad laboral de cinco años y *víctimas* de violencia de género y de trata de seres humanos.

- *Desempleados con un mes* (con anterioridad, seis) de inscripción ininterrumpida como demandantes de empleo o que durante los dos años anteriores a la celebración del contrato hubieran estado contratados *exclusivamente* mediante contratos *temporales*, incluidos los formativos o a quienes, durante los dos años anteriores, se les hubiera *extinguido un contrato de carácter indefinido* en una empresa diferente.

b) **Amplía los plazos para su suscripción** mediante conversión, abriendo uno *nuevo hasta 31 de diciembre de 2010* para contratos temporales, incluidos los contratos formativos, celebrados *con anterioridad al 18 de junio de 2010*¹⁶⁴.

c) **Amplía la aplicación** de indemnización de 33 días por año al caso de que el *empresario reconozca como impropcedente el despido por causas objetivas*¹⁶⁵.

d) Da como *válidas las transformaciones* en estos supuestos una vez *transcurrido el plazo de veinte días hábiles* establecido en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, a contar desde la fecha de la transformación.

e) *Amplía la excepción* ya existente a las limitaciones por extinciones de contratos en la empresa en los últimos seis meses en los casos de acuerdo con la representación de los trabajadores en período de consultas previsto en el art. 51 ET a las *extinciones producidas antes de 18 de junio de 2010*.

3.1.2. La limitación de las bonificaciones de cuota por la contratación indefinida de trabajadores desempleados.

Partiendo del consenso general¹⁶⁶ de que su práctica generalización ha limitado gravemente su eficiencia, se realizan (art. 10) modificaciones que, no sólo reducen el ámbito de aplicación sino que incorporan nuevos requisitos:

a) **Reduce el ámbito subjetivo** de forma que sean más selectivas y concentran la ayuda, aumentándola en su cuantía, para *mujeres*. El resultado es que quedan afectados, aparte de los *discapacitados, autónomos* sin trabajadores a cargo, empresas de *inserción, víctimas* de violencia de género y las destinadas a mantener la situación de

¹⁶⁴ Los celebrados a partir del 18 de junio de 2010, podrán ser transformados con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 siempre que la duración de los mismos no haya excedido de seis meses (salvo para los contratos formativos en que no existe tal limitación).

¹⁶⁵ Anteriormente sólo en el caso en que fuera declarado como tal. Se añade, además, que cuando el trabajador alegue que la utilización del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria, corresponderá al trabajador la carga de la prueba.

¹⁶⁶ Que el Preámbulo de la Ley refiere a las conclusiones de la Comisión de Trabajo e Inmigración del Congreso de los Diputados sobre esta materia.

actividad de los trabajadores *mayores de 59 años*¹⁶⁷, para contratos a celebrar *antes de 31.12.11*¹⁶⁸, los colectivos y con las cuantías siguientes:

- **Jóvenes** de entre 16 y 30 años desempleados con “**especiales problemas de empleabilidad**”. Este nuevo concepto es definido como “*inscripción en la Oficina de Empleo al menos 12 meses de los últimos 18 y que no hayan completado la escolarización obligatoria o carezcan de titulación profesional*”. Se aplican 66,67 euros/ mes (83,33 si son mujeres).

- Desempleados **mayores de 45 años** inscritos en la Oficina de Empleo al menos 12 meses de los últimos 18: 100 euros/ mes (116,67 si son mujeres).

- **Conversiones de contratos formativos, de relevo y de sustitución**, cualquiera que fuere la fecha de su celebración: 41,67 euros/ mes (58,33 si son mujeres).

b) *Añade* a los requisitos generales de obtención de las bonificaciones, exclusiones, concurrencia, cuantía máxima e incompatibilidades, la exigencia de que las nuevas contrataciones o transformaciones supongan **incremento de nivel de empleo fijo en la empresa**¹⁶⁹, *que deberá ser mantenido durante el periodo de la bonificación*¹⁷⁰. Caso contrario, deberán cubrirse las vacantes en el periodo de *dos meses*, pudiendo, en su caso, aplicar bonificación por el periodo restante hasta los tres años, o devolver las bonificaciones.

c) *Deroga* el art. 5 de la Ley 27/2009 relativo a las bonificaciones para contratos suscritos con *preceptores de prestación de desempleo*.

3.1.3. Los nuevos incentivos a los contratos formativos y las novedades en su regulación.

La utilización de los contratos formativos era muy limitada antes de la vigencia de la Ley¹⁷¹. El art. 11 introduce, con el objeto de incentivar su aplicación, un **nuevo tipo de bonificación** para contratos suscritos con trabajadores desempleados e inscritos en la oficina de empleo, dando derecho, *durante toda su vigencia*, incluidas las prórrogas, a una bonificación del *cien por cien* de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional, es decir, a la **totalidad de la cuota empresarial**.¹⁷² Se exige también como *requisito* que suponga el *incremento de plantilla* de la empresa y su

¹⁶⁷ Mediante remisión del art. 10.7 de la Ley. Respecto de las últimas, se avanza en el Preámbulo la posibilidad de que no sigan incardinadas en las políticas de empleo, sino en las de Seguridad Social, es decir, que las bonificaciones correspondientes vayan a cargo de los presupuestos de S. Social y no del SPEE, como hasta ahora.

¹⁶⁸ A esta fecha se realizará un análisis del resultado, no descartándose su continuidad.

¹⁶⁹ Para su cálculo se toma como referencia el *promedio diario* de trabajadores con contratos indefinidos en el periodo de los noventa días anteriores a la nueva contratación o transformación, calculado como el cociente que resulte de dividir entre noventa el *sumatorio* de los contratos indefinidos que estuvieran en alta en la empresa en cada uno de los *noventa días* inmediatamente anteriores, salvo los que hayan sido terminados por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba.

¹⁷⁰ Salvo los mismos supuestos de terminación de contrato considerados para el incremento.

¹⁷¹ Así, en junio de 2010 se suscribieron 8.573, lo que supone un 0,65% del total, según datos del SPEE.

¹⁷² Estas bonificaciones se aplican también a los contratos celebrados con anterioridad que sean prorrogados entre la entrada en vigor de la Ley y 31.12.11, durante la vigencia de dichas prórrogas.

mantenimiento, en los mismos términos de contabilización que han quedado señalados anteriormente con carácter general. Sin embargo, no se aplica la exclusión del art. 6.2 de la Ley 43/2006 relativa al caso de despidos improcedentes o colectivos.

El art. 12 de la ley establece, con el objeto de ampliar los supuestos de utilización y de mejorar sus condiciones para los trabajadores, una serie de modificaciones en la regulación de estos contratos. En primer lugar, y de forma general, se añade la previsión, mediante modificación del art. 11.3 ET, de que la negociación colectiva fijará criterios y procedimientos tendentes a conseguir una *presencia equilibrada* de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos. Además:

a) En relación con el ***contrato en prácticas***:

- Amplía de cuatro a cinco años (y de cinco a siete años en el caso de discapacitados) el *plazo* desde la terminación de los estudios para su suscripción.
- Equipara el *certificado de profesionalidad*¹⁷³ a la titulación exigida (universitaria o FP de grados medio y superior).
- Amplía el *límite de dos años* de contratación en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo, al caso de que *se trate de distinta titulación o certificado de profesionalidad*¹⁷⁴.
- A efectos de periodo de prueba, equipara el certificado de profesionalidad de nivel 1 ó 2 al título de grado medio (un mes) y el de nivel 3 al título de grado superior (dos meses).

b) En cuanto al ***contrato de formación***:

- Modifica el *límite de edad* para los desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los *programas públicos de empleo-formación*, remitiéndolo a las normas que regulen tales programas (antes, 24 años). Introduce, además la posibilidad en estos programas de que, cuando tengan por objeto profesionalizar jóvenes con fracaso escolar e insertarlos en el mercado de trabajo desarrollados por las Comunidades Autónomas, una parte de la *formación teórica podrá impartirse por las Administraciones Públicas previamente* al contrato, computando este tiempo de formación a los efectos de formación realizada y de jornada de trabajo al formalizarse el contrato.
- Incorpora la *exclusión* de las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad para el *cómputo de la duración* del contrato, que la interrumpirán.
- Precisa que los estudios a realizar en la *formación teórica* serán los de la E. S. O. para los trabajadores que no los hayan superado; prevé la *regulación* reglamentaria de la financiación, organización e impartición de la formación teórica y sustituye el certificado final de formación por la *acreditación de la cualificación* o competencia profesional adquirida en los términos de la LO 5/2002.

¹⁷³ Que no exige formación reglada. Sólo se excluye el caso de que tal certificado haya sido obtenido mediante un contrato de formación con la misma empresa.

¹⁷⁴ A estos efectos, los títulos de grado y máster no se consideran la misma titulación.

- La *retribución* en el segundo año será la fijada en convenio colectivo, nunca inferior al SMIG, pero con independencia del tiempo dedicado a la formación teórica (anteriormente se restaba, igual que el primer año).
- *Extiende la cobertura* del sistema de S. Social, de modo que comprenderá todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el *desempleo* (anteriormente excluido).

3.1.4. Otras novedades en materias conexas.

Destacan las modificaciones introducidas en la regulación de:

a) **Limitación al encadenamiento de contratos** (art. 1.Dos), extendiendo los supuestos de consideración de contrato fijo al desempeño de trabajo para distinto puesto y al caso de grupo de empresas, así como a los supuestos de sucesión o subrogación. Estas modificaciones son de aplicación (DT 2^a) a contratos suscritos a partir de la entrada en vigor de la Ley¹⁷⁵, mientras que para los anteriores se mantienen las previsiones normativas vigentes hasta esa fecha¹⁷⁶.

b) **Limitación de la duración del contrato de obra o servicio a tres años** (ampliables a cuatro por convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, de ámbito inferior), con adquisición acto seguido de la condición de fijos de los trabajadores. Y ello (DT1^a), para los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor de la Ley, lo que supone aplazar la aplicación efectiva del precepto al menos cuatro años contratos suscritos a partir de la entrada en vigor de la Ley¹⁷⁷.

3.2. Sobre el Real Decreto Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas.

La primera consecuencia en el terreno legislativo del Acuerdo Social y Económico fue, como se ha dicho, la inmediata promulgación del **Real Decreto-Ley**

¹⁷⁵ En realidad a 18 de junio de 2010, fecha de entrada en vigor del RD Ley 10/2010.

¹⁷⁶ En redacción dada al art. 25.5 ET por Ley 43/2006 en su art. 12.Dos y DT 2^a.

¹⁷⁷ Después de terminado este texto, ha visto la luz el *Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo*. En lo que se refiere a las modificaciones de la Ley 35/2010, supone las siguientes novedades: 1. Nueva regulación del contrato de formación, que pasa a denominarse *de formación y aprendizaje*, con posibilidad de aplicarse a trabajadores de hasta 30 años, con bonificación total de la cuota empresarial (75% en caso de empresa de más de 250 trabajadores) y de la cuota obrera por todo su tiempo de duración (máximo 3 años), siempre que se aumente la plantilla, manteniéndose bonificaciones por tres años en caso de su conversión en indefinido y estableciendo obligatoriedad de formación teórica de al menos el 25% de la jornada y salario con límite inferior del 75% del SMI. 2. Suspensión de la regla de adquisición de condición de trabajador fijo por encadenamiento de contratos temporales (art. 15.5 ET) durante los dos años siguientes a su entrada en vigor. 3. Nuevos plazos para la conversión de contratos temporales en contratos de fomento de la contratación indefinida. En la práctica, puede resumirse que el resultado de su aplicación no será precisamente afianzar el empleo indefinido frente al temporal, sino todo lo contrario. Así, los objetivos de la Reforma que situaban la reducción de la “dualidad” del mercado de trabajo mediante el apoyo de la contratación indefinida frente a la temporal, quedan seriamente en entredicho.

1/2011, más conocido como “*Plan de choque para promover la transición al empleo estable*”.

El Plan nace, como se reconoce en el Preámbulo, ante la grave situación de desempleo¹⁷⁸ y la constatación de que justamente son las ramas de actividad que más puestos de trabajo han perdido durante la crisis las que, en los años anteriores a la misma, crearon más empleo¹⁷⁹, actividades con un fuerte peso en la ocupación total y en las que se da la mayor concentración de empleo temporal¹⁸⁰.

En lo que se refiere a las medidas de fomento de empleo, sin embargo, el Plan **se aparta del criterio** hasta el momento mantenido de que las *bonificaciones han de aplicarse a la contratación indefinida*, abriendo paso, aunque como medida excepcional, a importantes reducciones de la cuota empresarial a S. Social para contratos *indefinidos*, pero **también temporales a tiempo parcial** en las siguientes condiciones:

a) Durante los doce meses siguientes a su entrada en vigor, a dichos contratos se aplicará una *reducción del 100 % en todas las cuotas* empresariales a la Seguridad Social, si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o *del 75 %*, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior.

b) Los contratos deberán suscribirse con *desempleados inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo al menos desde el 1 de enero de 2011* (es decir, con duración de un mes de la inscripción) siempre que tengan edad igual o inferior a *30 años* o lleven inscritos en la Oficina de Empleo al menos *doce meses* en los dieciocho meses anteriores a la contratación.

c) Si, además de estos requisitos se trata de un trabajador discapacitado, víctima de violencia de género o de violencia doméstica, o se encuentren en situación de exclusión social, las empresas *podrán optar* por aplicar las reducciones previstas o las bonificaciones reguladas en el capítulo I de la Ley 43/2006. Transcurrido el periodo de un año de reducción, si se ha optado por ella, podrán aplicarse las bonificaciones previstas con carácter general, por el tiempo que reste, en su caso.

d) La *jornada de trabajo* de estos contratos deberá estar entre el *50 %* y el *75 %* de la de un trabajador a tiempo completo comparable, en los términos del art. 12 ET.

e) Tal contratación deberá suponer un *aumento neto de plantilla*, aplicándose los mismos criterios de contabilización que los fijados en la Ley 35/2010, salvo que en este caso no se excluyen los contratos extinguidos en el período de prueba y que el cómputo incluye los contratos temporales y no sólo los indefinidos. Además, las empresas deberán *mantener* el nivel de empleo alcanzado mientras dure la reducción.

¹⁷⁸ La EPA correspondiente al cuarto trimestre de 2010 cifra la tasa de paro en el 20,33 %, doce puntos por encima de la existente a finales de 2007 y afecta a cerca de 4.700.000 personas.

¹⁷⁹ Principalmente construcción, industria manufacturera, comercio, hostelería y servicios de comidas y bebidas.

¹⁸⁰ Se prevé que el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, en el plazo de seis meses evalúen el impacto de la norma y en su caso, realicen propuesta sobre la regulación del trabajo a tiempo parcial que incluya, entre otros aspectos, el de la protección social de las personas contratadas bajo esta modalidad.

f) En el caso de tratarse de un *contrato temporal*, su duración inicial prevista deberá ser igual o superior a *seis meses*, mediante *cualquier modalidad de contratación* de duración determinada o temporal, incluida la modalidad del contrato en prácticas, y salvo las modalidades de interinidad y de relevo.

g) Si el contrato inicialmente temporal se *transforma en indefinido* antes de un año, tendrán derecho a las *bonificaciones de cuotas vigentes* con carácter general si en el momento de la contratación inicial se reunían los requisitos correspondientes, descontando el periodo de reducción. Con independencia del momento en que se produzca (siempre que sea dentro de los doce meses siguientes a su celebración) *podrán transformarse los contratos en indefinidos ordinarios o de fomento de la contratación indefinida*.

h) Si se trata de *contrato indefinido*, las empresas podrán, en su caso, acogerse, tras el periodo de un año de reducción, a la *bonificación vigente* con carácter general por el tiempo que restara de la misma.

4. CONSIDERACIONES FINALES.

El objetivo general declarado de las medidas de fomento de empleo históricamente aplicadas es favorecer la creación de empleo y la integración en el mercado de trabajo de ciertos colectivos de trabajadores con especiales dificultades para ello. Desde 1997, además, se han centrado también en disminuir el peso de la contratación temporal respecto de la indefinida. En consecuencia, la efectividad de estas medidas habrá que medirla en función de las variaciones en el mercado de trabajo operadas por su causa. Naturalmente, es muy pronto para analizar el impacto real en el empleo y en las condiciones de contratación de la Reforma laboral 2010-2011¹⁸¹, pero, en vista de las experiencias acumuladas, podemos avanzar algunas reflexiones.

Hasta el momento de la Reforma, no parece que las medidas de fomento de empleo aplicadas hayan contribuido decisivamente a la finalidad con que se han venido implantando. En unos casos, como la utilización de la contratación temporal indiscriminada, porque, lejos de favorecerlo, han producido efectos muy negativos en el

¹⁸¹ Puede ser indicativo apuntar que, según los datos disponibles de la EPA para el primer año de vigencia de la Reforma, el número de trabajadores asalariados (en miles) pasó de 15.363,4 en 2º T. de 2010 a 15.292,5 en 2º T. de 2011, lo que supuso un descenso del 0,46%. De ellos, contaban con contrato indefinido 11.541,3 (75,12%) en 2010 y 11.389,6 (74,48%) en 2011. Contaban con contrato temporal 3.822,1 (24,87%) en 2010 y 3.952,9 (25,84%) en 2011. Es decir, sobre un ligero descenso del empleo asalariado, se produce un incremento del peso relativo de los contratos temporales de un 0,74%. (<http://www.ine.es/jaxiBD/tabla.do>). Por su parte, los datos del MTIN de contratos registrados confirman esta tendencia: comparando los periodos enero-julio de 2010 y 2011, los contratos indefinidos registrados decrecieron un 3,8% mientras que los temporales crecieron en un 1,4%. Curiosamente, los indefinidos de “fomento de la contratación indefinida”, experimentaron un decrecimiento del 6,7%. Únicamente parece responder a las expectativas el crecimiento de los contratos a tiempo parcial temporales, que es del 7,82%, aunque cabe la duda de si tal crecimiento se produce a costa de los contratos a tiempo completo, ya que el crecimiento de los indefinidos a tiempo parcial se reduce al 0,1%. (<http://www.mtin.es/series>).

mercado de trabajo. En otros, como las medidas de fomento de la conversión de contratos temporales en indefinidos, porque se han limitado a intentar corregir, con éxito relativo, los desastres de las primeras. Y, finalmente, en cuanto al resto de ellas, porque no puede afirmarse que exista una relación directa entre las medidas de fomento aplicadas y la creación neta de empleo. Así sucede, por ejemplo en relación con las aplicadas para favorecer el empleo de las mujeres, ya que, si bien no puede negarse algún impacto, lo cierto es que su incorporación masiva coincide con el periodo de sostenido crecimiento económico, con lo que resulta difícil la atribución a las medidas de fomento. Quizá el colectivo de discapacitados, sistemáticamente objeto de atención preferente, sea el que más claramente ha sido beneficiado en el empleo a causa de las bonificaciones reducciones en las cotizaciones sociales.

En todo caso, en términos de rentabilidad, es decir, comparando su coste con el resultado, no parecen ser muy eficientes, lo que abona la necesidad de impulsar la aplicación de instrumentos de evaluación sistemática de los resultados de las medidas aplicadas, en particular de los **efectos “ganga” y “sustitución”** a los que anteriormente hemos aludido, ya que todos los indicios apuntan a que son muy importantes.

La Reforma de 2010-2011 hay que situarla en uno de los vaivenes que cíclicamente afectan a la normativa laboral en nuestro país en función de la coyuntura económica y de la reflexión sobre los efectos negativos de prácticas y **medidas anteriores, que habiendo sido impulsadas como soluciones útiles frente a los problemas estructurales de nuestro mercado de trabajo, se han revelado insuficientes o, incluso, contraproducentes.** Pero, además, en esta ocasión, se ha producido en un especial contexto de presión en el que, siendo delicada la situación del empleo, han pesado más las exigencias externas derivadas de las amenazas a la estabilidad financiera de nuestro país. De esta forma se explica, de un lado, la ausencia de acuerdo social (al menos en la primera fase de la reforma), y de otro, que haya cobrado más importancia la aceptación forzada del dictado exterior que el contenido más adecuado a nuestras necesidades. De nuevo, por lo tanto, se aprecia el marcado **coyunturalismo** de las medidas, en línea con lo ocurrido en las reformas anteriores.

La Reforma parte, como se ha dicho, del análisis de la situación y de las deficiencias de las medidas hasta ese momento aplicadas, planteándose tres **objetivos** específicos: la máxima extensión del **contrato para el fomento de la contratación indefinida**, la **limitación y selectividad de las bonificaciones** a la contratación indefinida y la incentivación a los **contratos formativos**. En buena medida, además, son objetivos compartidos por los agentes sociales. Sin embargo, la materialización de las medidas concretas tomadas, si bien parecen ser en general coherentes con dichos objetivos, muestran ciertas contradicciones. Veamos:

1. La Reforma supone claramente un intento de **racionalización**, limitando el gasto por bonificaciones en una situación de disminución de cotizantes al sistema de Seguridad Social y, en consecuencia, de los ingresos del sistema. Así, en congruencia con el objetivo de dotar a las bonificaciones a la contratación indefinida de una mayor **selectividad**, se restringe su ámbito de aplicación y se deroga la bonificación indiscriminada para cualquier preceptor de desempleo de la Ley 27/2009. Sin embargo,

en la práctica sólo quedan sin cubrir los trabajadores entre 30 y 45 años, lo que mantiene aún a la gran mayoría de la población desempleada como potencial beneficiaria. También con propósito racionalizador, y para favorecer comparativamente la contratación de trabajadores de menos nivel de cualificación, se consolida el criterio de aplicación de **bonificaciones en cantidades lineales** y no proporcionales a la cuota.

2. También en la dirección adecuada, la imposición del requisito de **mantenimiento del incremento del empleo fijo** durante el período de la bonificación puede limitar realmente el efecto “*sustitución*”. Sería necesario, sin embargo, impedir las prácticas fraudulentas impulsando acciones inspectoras planificadas en coordinación con TGSS, así como la vigilancia por parte de la representación de los trabajadores en la empresa.

3. Los **contratos formativos** concentran las bonificaciones más importantes, que alcanzan a la totalidad de la cuota patronal a S. Social, también con el requisito de mantenimiento del incremento de la plantilla. La novedad más relevante es la ampliación de la cobertura a la contingencia de desempleo y un mejor tratamiento de los mínimos salariales para los contratos de formación.

4. En relación con el **empleo de los jóvenes**, y en especial de los más formados, la Reforma pretende un cierto grado de incorporación al sistema de Seguridad Social de trabajadores hasta ahora indebidamente excluidos, lo que es en todo caso una buena noticia. Efectivamente, determinados mecanismos presentes en nuestra legislación que se presentan como ayudas para el acceso al empleo para los jóvenes o como inmersión práctica en el mercado de trabajo no responden en realidad a este objetivo. Al mismo tiempo, la ausencia de regulación en el resto de los casos, permite el fraude generalizado, dada la inmensa dificultad de control de los casos individuales. De esta forma, el resultado es la exclusión injustificada de la relación laboral de muchos jóvenes, en especial de los más formados. La realidad hoy es que, salvo en un ínfimo porcentaje, los llamados becarios prestan realmente trabajo por cuenta ajena en condiciones (o no) de subempleo, pero en todo caso sin percibir el salario adecuado a su prestación y sin cobertura del sistema de S. Social, cuando realmente deberían estar cubiertos por contrato laboral común o, como mínimo, de prácticas. La residual utilización actual de este último tipo de contrato tiene su explicación precisamente en la proliferación de becarios condenados a un limbo legislativo derivado de la asimilación de los becarios postgraduados a las previsiones normativas de los becarios “curriculares”, que se rigen, por cierto, por normas obsoletas¹⁸². A este abuso generalizado no es ajeno ese lugar común que también se ha instalado socialmente en nuestro país y que consiste en que el trabajo intelectual es poco valioso¹⁸³. Esta apreciación está en la raíz de uno de los más graves problemas de nuestro mercado de

¹⁸² RD 1497/1981 sobre programas de cooperación educativa Universidad-Empresa y RD 1845/1994 que lo actualiza. En Catalunya, Decreto 332/1994 de formación profesional, que regula los convenios de colaboración con las empresas.

¹⁸³ Así se sigue aceptando que un profesional recién graduado merece por su trabajo un remuneración similar o inferior a la de un trabajador no cualificado o que incluso ha de estar agradecido por permitirle trabajar en una empresa, aunque sólo sea para “*hacer currículum*”. Igualmente se aceptan prácticas fraudulentas muy frecuentes como el trabajo falsamente “autónomo” de técnicos (ingenieros, arquitectos, etc.) en despachos profesionales.

trabajo: junto a una cualificación creciente de nuestro jóvenes, las condiciones de reconocimiento de su capacidad y del valor añadido de su trabajo siguen bajo mínimos, como manifestación del escaso valor que la profesionalidad, la técnica, la ciencia y el conocimiento tienen socialmente y en el común de nuestras empresas¹⁸⁴.

5. En este sentido, algunas de las medidas anunciadas parecen caminar en la buena dirección es decir, en la del afloramiento de buena parte del trabajo irregular a que están sometidos nuestro jóvenes más formados. Así, la previsión de incorporación al sistema de S. Social de los **becarios**¹⁸⁵ es una buena noticia, aunque parece que se hará de forma parcial¹⁸⁶. No se trata solamente de que los becarios, que realizan trabajos por cuenta de las empresas, accedan a la cotización al sistema de S. Social. Se trata de que la figura del becario como trabajador excluido de la legislación laboral desaparezca en beneficio de la aplicación del contrato en prácticas, que está previsto precisamente para este supuesto, y que la figura de la beca, que no tiene por qué desaparecer, quede reducida a lo que realmente es: una ayuda para los estudios que no exige contraprestación laboral alguna. Y, naturalmente, de sustituir la **obsoleta normativa que rige el trabajo en prácticas curricular**, fuente también a menudo de fraude y de práctica abusiva y que esconde otras de nuestras carencias estructurales, como es la deficiente financiación del sistema universitario.

6. Mención especial merece el caso de los **jóvenes investigadores**. Ciertamente es que en el marco del impulso que han recibido los programas de investigación, se ha avanzado en la regulación de la situación de los titulados que en ellos participan¹⁸⁷, en especial tras la promulgación del *Real Decreto 63/2006 de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación*, aplicable en especial a los doctorandos que participan en programas de investigación. Sin embargo, estamos aún

¹⁸⁴ Las recientes noticias de que países de la UE como Alemania reclaman jóvenes profesionales españoles deberían hacer sonrojar a quienes siguen manteniendo que el problema de nuestro mercado de trabajo es su coste laboral unitario.

¹⁸⁵ O la eliminación de las restricciones a que el inicio en la cotización de Seguridad Social de investigadores pueda producirse a través de programas formativos o de investigación, sin que se requiera actividad laboral previa para la suscripción de convenio especial.

¹⁸⁶ Cuando estas líneas están a punto de ser entregadas a la imprenta, se ha publicado el *RD 1493/11 de 24 de octubre por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social*, que viene a dar contenido al anuncio realizado hace meses. Dos son las novedades que introduce: primero, la inclusión como asimilados al RGSS (salvo la contingencia desempleo) de los participantes en programas de formación que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, no tengan carácter exclusivamente lectivo sino que incluyan la realización de prácticas formativas y conlleven una contraprestación económica para los afectados, siempre que la realización de dichos programas no dé lugar a una relación laboral que determine su alta en el respectivo régimen de la Seguridad Social; y segundo, la posibilidad hasta 31.12.12 de suscripción de convenio especial (a cargo, naturalmente, del trabajador, y por máximo de dos años) por las personas que con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este real decreto se hubieran encontrado en esta situación.

¹⁸⁷ Algunas de las previsiones del ASE (*Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y las garantías de las pensiones*, firmado el 2 de febrero de 2011 por el Gobierno, patronal y sindicatos) caminan en esa dirección: adecuación a los contratos formativos en relación con la cobertura de S. Social; programas específicos para empresas intensivas en I+D+i; impulso de programas públicos como el *Ramón y Cajal*, etc.

lejos de una regulación completa que elimine todos los elementos de discriminación de este colectivo.

7. Es alentador, por otra parte, el anuncio de la nueva regulación del régimen de **empleados de hogar**, que prevé su integración en el régimen general de la Seguridad Social. Terminar con un régimen que injustamente contempla prestaciones “deprimidas” es condición necesaria para que los trabajadores tengan interés en su alta y, por lo tanto, para aflorar una porción de trabajo por cuenta ajena, hoy sumergida y en claro fraude al sistema.

8. En cuanto a la generalización del **contrato para el fomento de la contratación indefinida**, habrá que partir de la idea de que tal tipo de contrato no tiene como finalidad la creación de empleo, ni tampoco de forma directa la transformación del empleo temporal en indefinido¹⁸⁸, sino la **paulatina sustitución** en el tiempo del contrato sujeto a las indemnizaciones por despido improcedente previstas en el art. 56 ET por otro con indemnización más reducida. Es este, por tanto, un objetivo directamente relacionado con la disminución del coste comparativo estructural del contrato indefinido en relación con el temporal, en línea con la estrategia desarrollada desde hace más de diez años, pero no con la creación de empleo.

9. Es decir, que por la doble vía de la reducción de la indemnización y de la bonificación de la contratación indefinida para amplísimos colectivos de desempleados, se materializa el **abaratamiento del coste del trabajo con contrato indefinido, con el objeto de aproximarlos al del contrato temporal**¹⁸⁹, en una continuación de la estrategia de *convergencia de coste* a largo plazo ya conocida. Mientras que la reducción de la indemnización se realiza a expensas del trabajador, la bonificación de la cuota de S. Social es financiada por el sistema.

10. La Ley 35/2010 mantiene el criterio coherente de **excluir de bonificación a los contratos temporales**. Sin embargo, se produce un paso atrás con las posibilidades abiertas por el Real Decreto Ley 1/2011 para la bonificación de este tipo de contratos si lo son a tiempo parcial. La timidez en la entrada en vigor de la limitación de contratos temporales encadenados no contribuye tampoco precisamente al objetivo declarado de combatir la precariedad¹⁹⁰.

11. A pesar de que la práctica ha verificado los peligros del **fomento de la contratación temporal**, el RD Ley 1/2011 abre paso de nuevo a este mecanismo,

¹⁸⁸ Los supuestos de conversión se limitan en el tiempo hasta 31.12.2011, pero nada indica que estos plazos no se amplíen. De esta forma, la contratación temporal como paso previo a la indefinida aboca, en general, a esta modalidad de contrato. Sólo pueden exceptuarse aquellos contratos que siguen siendo objeto de bonificación por su conversión en indefinidos: *formativos, de relevo y de sustitución*, ámbitos limitados a partir de 2007 (Ley 43/2006).

¹⁸⁹ Estas medidas resultan coherentes con otras que contiene la reforma y que caminan en la misma dirección, como las mayores facilidades para el despido colectivo.

¹⁹⁰ Y más aún tras el nuevo aplazamiento por dos años recientemente introducido en el art. 5 del R.D. Ley 10/2011 ya mencionado.

asociado a la contratación a **tiempo parcial**. Este tipo de contrato, ciertamente utilizado en menor medida en nuestro país que en el entorno europeo, adolece por su parte de una enorme **dificultad de control** en cuanto al tiempo efectivamente trabajado, en especial en determinados sectores de actividad. En consecuencia, no se acaba de justificar la apuesta por la bonificación generalizada de este tipo de contrato, e incluso, también en contradicción con los criterios de la propia Ley 35/2010, la aplicación de bonificación a la posterior conversión de estos contratos en indefinidos.

12. De manera aparentemente contradictoria, además, los positivos avances en los criterios de selectividad, inaplicación de bonificaciones a la contratación temporal y a las conversiones generalizadas de contratos que se producen con la Ley 35/2010 son **parcialmente contrarrestados** con las medidas del “plan de choque” posterior, que no aparecen justificadas en términos de creación de empleo estable, sino simplemente, insistimos, en términos de coste del trabajo.

13. No puede afirmarse, por tanto, que las medidas de fomento de empleo de la Reforma respondan realmente al objetivo de la **creación de empleo** en tiempos de crisis. Más bien sitúan un menor **coste del trabajo** en la crisis, pero, sobre todo, para después de la crisis, de una forma estructural, ya que no es posible establecer correlación directa entre ambos: nada indica que, simplemente, a menos salario, mayor empleo en tiempos de crisis. O, dicho de otra manera, mayor competitividad no es sinónimo de menores salarios, si factores como la cualificación o la eficiencia en la organización del trabajo se dejan de considerar.

14. No son, pues, las medidas de fomento basadas en el abaratamiento del coste del trabajo las que van a conducir a la recuperación económica¹⁹¹. Serán las **medidas estructurales** (políticas industriales, de formación y fomento de la investigación, puesta a disposición de crédito y regulación de la actividad financiera) relacionadas con el modelo de crecimiento, las que van a permitir la creación y mantenimiento de empleo en cantidad y calidad suficiente. El obstáculo al crecimiento o a la competitividad de nuestra economía no son particularmente los costes laborales como se comprueba, por ejemplo, al analizar la evolución en plena crisis de las exportaciones españolas¹⁹². Lo es, por el contrario, la atonía del consumo interno (producto precisamente de las dificultades de obtención de crédito por familias y empresas) y la debilidad del sector público, que renuncia a ser actor de la economía e impulsor del crecimiento. Y ello sin olvidar que el peso de los salarios en la renta nacional no ha dejado de decrecer mientras que el del excedente empresarial no ha dejado de aumentar¹⁹³, incluso a mayor velocidad.

¹⁹¹ Podrá insistirse aquí en el decrecimiento experimentado por los costes laborales unitarios en España durante la crisis con respecto a la Eurozona y a la UE-15, esta vez con datos del Banco de España 2008-2011. (<http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/e0408.pdf>)

¹⁹² Hasta el punto de colocarse a la cabeza de la OCDE en cuanto a su crecimiento en el año 2011, según prevé el Instituto de Estudios Económicos. (http://www.ieemadrid.es/modulo/upload/1_1309258848.pdf).

¹⁹³ Para los salarios, ha pasado del 49,52% del PIB en 2000 al 48,85% en 2008 y al 47,92% en 2010, mientras que para los excedentes empresariales, ha pasado del 40,55% del PIB en 2000 al 42,55% en 2008 y al 44,53% en 2010, según resulta mediante cálculo a partir de datos de Contabilidad Nacional (INE) (<http://www.ine.es/jaxiBD/menu.do?L=0&divi=CNTR&his=0&type=db>)

15. Finalmente, no sólo hay que actuar en nuestro modelo de producción, sino que, en la situación de interdependencia actual, las medidas que se tomen en el ámbito internacional en especial en la Unión Europea, adquieren una importancia fundamental. Sólo rompiendo el círculo vicioso al que empujan las políticas de “austeridad” entendidas como drástico recorte del papel público en la economía (como inversor y como garante de servicios públicos), que impiden el crecimiento, y, por tanto, ponen cada vez más en peligro la suficiencia financiera de los Estados, será posible la recuperación del empleo. Porque la apuesta por la destrucción de la “**red de seguridad**” que a los ciudadanos ofrece un Estado avanzado, no sólo conduce a un cada vez mayor déficit democrático, sino a un retroceso histórico en la cohesión social y en las condiciones de vida de los ciudadanos.

EL ENDURECIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

M^a del Mar Mirón Hernández
Magistrado de lo Social. Juzgado Social 19 de Barcelona

I. Introducción. II. Evolución del régimen jurídico de la contratación temporal en España a través de las reformas del Estatuto de los Trabajadores. III. Temporalidad y contratación laboral: situación actual y líneas de tendencia tras las reformas laborales de 2010. 1. La contratación temporal en España. 2. La incidencia de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre en el marco normativo existente. 3. Medidas para reducir la dualidad y la temporalidad del mercado de trabajo: limitaciones en la contratación temporal. IV. La nueva contratación por obra o servicio determinado: el límite del término incierto del contrato para obra o servicio determinado: modificaciones introducidas en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. 1. Ámbito de aplicación del límite temporal y excepciones. 2. Aplicación del límite temporal en contratos o concesiones administrativas. 3. Aplicación del límite temporal al contrato “fijo de obra” en el sector de la construcción: Excepciones. 4. Aplicación del límite temporal en los contratos suscritos en la Administración Pública: Excepciones. 5. Ampliación del límite temporal por la negociación colectiva. V. La adquisición de la condición de fijo por contratos temporales sucesivos: modificaciones introducidas en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores. 1. Los límites a la sucesión de contratos temporales en la Ley 35/2010. 2. La aplicación a la Administración Pública del encadenamiento de contratos. 3. Cómputo y cálculo de la duración de los contratos encadenados. VI. La efímera vigencia de las medidas contra el fraude en la utilización de la contratación temporal: la suspensión de la vigencia del art. 15.5 ET por el Real Decreto Ley 10/2011 de 26 de agosto. VII. Nuevo régimen indemnizatorio por extinción de contratos de trabajo temporales (artículos 49.1.c – Disposición decimotercera del Estatuto de los Trabajadores). VIII. Consideraciones finales.

I.- INTRODUCCIÓN.

Las reformas laborales de turno vienen titulado anteriores ediciones de estas Jornadas Catalanas de Derecho Social. Las V Jornadas abordaron la reforma laboral de 1994 para, pocos años después, volver a ella con las reformas laborales de 1997. La regulación del trabajo ante el cambio de siglo dio título a las X Jornadas, últimas del pasado milenio, y en ellas se abordó a incidencia de la crisis y la influencia del paro y la precariedad en el empleo¹⁹⁴.

En las X Jornadas Catalanas de Derecho Social la ponencia inaugural analizaba el devenir del Derecho del Trabajo tras cuatro lustros de vigencia del Estatuto de los Trabajadores y afirmaba el ponente que el Estatuto de los Trabajadores, pese ser

¹⁹⁴ Vid. ALARCÓN CARACUEL, M.R. (Coord.) “La Reforma Laboral de 1994”. Marcial Pons. Madrid 1994, identificó al paro y la precariedad como “los dos fantasmas del Derecho del Trabajo” ROJO TORRECILLA, E. (Coord.) “Las Reformas Laborales de 1994 y 1997”. Marcial Pons. Madrid, 1998 y ALARCON CARACUEL, M.R. – MIRON, M. (Coord.) “El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar”. MARCIAL PONS. Madrid 2000. En esta obra, pág. 30, M.R. Alarcón efectuó aquella identificación en su conferencia inaugural “Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España: Entre la consagración del Estado Social y el efecto de las crisis económicas”, identificando al paro y la precariedad como “los dos fantasmas del Derecho del Trabajo”.

llamado a desarrollar el contenido laboral de la Constitución Española, tuvo la mala fortuna de nacer en plena crisis económica y, en ese contexto, nació influenciado por el discurso de quienes opinan que parte de la culpa la tiene la normativa laboral y que la salida a la crisis impone el fortalecimiento del poder empresarial y el recorte de derechos de los trabajadores.

Mantén que el principio de estabilidad en el empleo, establecido en el art. 15,1 ET debía erigirse como “clave de bóveda” del sistema estatutario por dos razones fundamentales: porque gran parte de los derechos reconocidos solamente tienen sentido en relación con una relación jurídica estable y porque esos y todos los demás derechos se tornan difícilmente exigibles para un trabajador cuya prórroga del contrato puede verse en peligro por su actitud vindicativa.

Indicaba que la redacción inicial de aquel precepto actuaba como punto de equilibrio con los intereses empresariales y que, a modo de “válvula” de escape”, listaba unos supuestos tasados que permitían acudir a la contratación de duración determinada y, a modo de cláusula de cierre, la sanción como indefinidos de los contratos temporales celebrados en fraude a la ley. Calificaba como “muy satisfactorio” el punto de equilibrio alcanzado en 1980 por el ET, en tanto que la norma garantizaba los derechos del trabajador individualmente considerado y al mismo resultaba suficientemente flexible como para permitir la adecuada gestión de los recursos humanos y la competitividad¹⁹⁵. Denunciaba que las reformas estatutarias introducidas en 1984, 1994 y 1997 habían producido un desplazamiento de ese punto de equilibrio a un reforzamiento del poder empresarial y una disminución de los derechos de los trabajadores¹⁹⁶.

Veamos desde aquella perspectiva, ampliamente compartida por la doctrina, cual es el diseño del sistema de contratación en España desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores a la última de las grandes reformas, hasta hoy contenida en la Ley 35/2010 de 19 de septiembre e introducida por RD Ley 10/2010 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

En particular se abordará el amparo jurídico-político que ha recibido la contratación temporal y su evolución con la finalidad de establecer, como mandata el título de la ponencia, si las denominadas medidas de endurecimiento de la contratación temporal han servido y sirven al objetivo de reducir la dualidad y la temporalidad laboral, que caracteriza a la actual situación del empleo en nuestro país.

¹⁹⁵ Recordar que la contratación temporal convivía con la contratación indefinida ya desde el Código de Trabajo de 1926 (RDL 23-08-1926) y en la LCT de 21-11-1931, no siendo hasta la LCT de 26-01-1944 cuando se instaura la preferencia por la contratación indefinida, manteniéndose la posibilidad de realizar contratos temporales que se regulaban por sectores de la producción en las ordenanzas laborales. El principio de estabilidad en el empleo se consagra por vez primera en la Ley 16/76 de 8 de abril, de Relaciones Laborales, que únicamente contempla la posibilidad de contratos temporales causales, pese a que por vía reglamentaria se fuera instaurando e incluso incentivando la contratación temporal sin causa, amparada en la situación de crisis económica. Sobre el tema RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “La relación de trabajo de duración determinada”. Revista de Política Social 161, nº 50, págs. 27 a 66. Sobre la Ley 16/76 vid. CARMONA POZAS, F. “La duración del contrato de trabajo” en ALBIOL MONTESINOS, I, CAMPS RUÍZ, L, JUANIZ MAYA, J.R, LÓPEZ GANDÍA, J., SALA FRANCO, T. Y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. en VVAA Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales. Universidad de Madrid, 1977, págs. 161 a 178.

¹⁹⁶ ALARCON CARACUEL, M.R. en “Cuatro lustros...”, cit, págs. 16 a 20.

II.- EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN ESPAÑA A TRAVÉS DE LAS REFORMAS DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

Aprobado el Estatuto de los Trabajadores por Ley 8/80 de 10 de marzo, en cumplimiento del mandato establecido en el art. 35, 2 de la Constitución Española, cuatro años después la reforma de la regulación sobre contratación se planteó como imprescindible para hacer frente a la situación de desempleo existente¹⁹⁷. Se situó en el punto de mira al prototipo de contrato indefinido y a jornada completa, aún cuando existía un amplio elenco de modalidades contractuales temporales en la inicial redacción del art. 15 ET y el art. 17,3 ET posibilitaba la celebración de contratos temporales coyunturales como medida de fomento al empleo¹⁹⁸. El ataque directo al principio de estabilidad en el empleo se materializó en la reforma del art. 17, 3 ET con la "liberalización" de los contratos temporales¹⁹⁹, la instauración de esa contratación laboral como habitual y la indefinida como excepción, introduciéndose la denominada "flexibilidad de entrada" que logró instaurar una tasa de temporalidad ya cronicada y con escasa incidencia en la tasa de paro, que era el objetivo declarado de la reforma²⁰⁰.

La demostrada ineficacia del modelo de "flexibilidad de entrada" planteó la necesidad de sustituirlo por el de "flexibilidad de permanencia", que se erigió como objetivo de la reforma de 1994²⁰¹. Ello no se logró en aquel momento, por el contrario se eliminó la presunción legal del contrato indefinido contenida en el art. 15,1 ET,

¹⁹⁷ Vid. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. "La contratación laboral en la Ley 32/84 y en los Decretos de desarrollo" En VVAA. "Comentarios a la nueva legislación laboral. La ley reformada del Estatuto de los Trabajadores, Ley de Protección por Desempleo y Decretos de desarrollo". Ed. Tecnos. Madrid, 1985, págs. 88 y ss.

¹⁹⁸ Contemplaba la inicial redacción del art. 15 las modalidades de contratación temporal "estructural", por obra o servicio, eventuales e interinidad. Sobre el uso de la contratación temporal coyuntural y su conversión en un fenómeno estructural AGUILERA IZQUIERDO, R. "El principio de "causalidad" en la contratación temporal". RMTAS, núm. 33/2001.

¹⁹⁹ La Ley 32/84 de 2 de agosto es el precedente a la justificación de las reformas a la crisis económica, y de la "liberalización" de la contratación temporal no causal, de fomento de empleo, extendiendo su ámbito subjetivo a la contratación de desempleados en general. Introdujo nuevas modalidades de contratación temporal: el contrato por lanzamiento de nueva actividad y de relevo, incentivó la contratación en prácticas y para la formación, universalizó el contrato a tiempo parcial y, fundamentalmente, a través del RD 1989/84 la contratación temporal no causal a través del contrato de fomento al empleo.

²⁰⁰ En 1988 la tasa de temporalidad se situaba en el 23,3% y en 1991 llegó al 32,2% que pasó al 34,8% en 1995, descendiendo hasta situarse en el 33% en 1998. Vid Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral en España 1999. CES. Madrid, junio 1999. Recuérdese que en el denominado "Informe Segura" se analizó el comportamiento de la contratación, proponiéndose el mantenimiento del contrato de fomento de empleo, que debía sustituir a otras modalidades de contratación como los contratos eventuales, la eliminación del contrato por lanzamiento de nueva actividad, la mayor precisión de las causas de contratación temporal, la transformación en indefinidos de los contratos de relevo y el sometimiento del contrato temporal superior a dos años al régimen jurídico del contrato indefinido, prohibiéndose el encadenamiento de contratos no indefinidos (SEGURA, J., DURÁN, F., TOHARIA, L. y BENTOLILLA, S. (1991) "Análisis de la Contratación Temporal en España. Colección Economía y Sociología del Trabajo". MTSS. Madrid, 1991.

²⁰¹ La Reforma Laboral de 1994 abordó junto a la contratación, todos los aspectos de las relaciones de trabajo, actuando el gobierno sin consenso a través de la aprobación del RD Ley 18/1993 de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento a la Ocupación. Se mantiene también el favor hacia la contratación temporal flexibilizando a través de la negociación colectiva las posibilidades de contratación de duración determinada por obra o servicio y eventual, se mantuvo el contrato por "lanzamiento de nueva actividad", al que seguirían las Leyes 10 y 11/1994 y la refundición en un nuevo texto articulado del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo.

produciéndose una pérdida de función de la norma estatal en la predeterminación de un principio de causalidad en la contratación, que pasa a adoptar una posición de indiferencia ante la forma indefinida o temporal de la relación de trabajo, que comporta el favorecimiento de la temporalidad que actúa como medio para fortalecer el poder empresarial²⁰². Tampoco desapareció totalmente el contrato de fomento de empleo hasta la reforma de 1997, se flexibilizó la regulación del período de prueba, se crearon contratos con “débil” protección social –aprendizaje, contrato a tiempo parcial- y se legalizaron las ETT por la Ley 14/1994, lo que provocó una importante expansión de la contratación temporal.

En suma, los objetivos de la reforma de 1994 en la reducción del desempleo fueron discretos y fracasó la reducción de la temporalidad, objetivo que aborda la reforma pactada introducida en 1997²⁰³, que instauró el cambio de modelo que supuso la reforma de 1994, alterando el equilibrio introducido por la inicial redacción estatutaria.

A partir de la reforma de 1997 se intenta limitar la alta tasa de temporalidad introduciendo límites a la contratación temporal, consistentes en la supresión de la posibilidad de efectuar contratos de fomento de empleo contenida en el art. 17 ET, eliminando el contrato por lanzamiento de nueva actividad y penalizando con incrementos de la cotización a la Seguridad Social la contratación temporal causal, en paralelo con distintas medidas del fomento de la contratación indefinida.

Las reformas de 1994 y 1997, pese al loable ánimo de reconducir aquella tendencia y la reactivación económica, no consiguieron la reducción sustancial de la tasa de desempleo²⁰⁴. Tras ellas se producen otras reformas, entre las que destacan las dirigidas a la mejora de las condiciones contractuales de los trabajadores de ETT²⁰⁵, y las que, con idéntica orientación política, van dirigidas a la reducción de la tasa de desempleo y al fomento de la estabilidad, en particular las contenidas en la Ley 12/2001 de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del Empleo y su calidad. La Ley 12/2001 confía a la negociación colectiva el velar por la causalidad de la contratación, establece a favor de los contratados por obra o servicio o con contrato eventual por circunstancias de la producción una indemnización por finalización de contrato de 8 días por año de servicio y crea una nueva figura, el contrato de inserción, dirigido al sector público, fuente de importante temporalidad, y a las entidades sin fin de lucro²⁰⁶.

²⁰² Así lo expresa BAYLOS GRAU, A. en “La Reforma de 1944” (Cuadernos de Relaciones Laborales nº 5/1994) que se inserta en la obra “Las relaciones laborales en España 1978-2003. Desde la Constitución hasta nuestros días”, Fundación Sindical de Estudios. Madrid, 2003, págs. 132-133.

²⁰³ Se sustentó en tres Acuerdos Interconfederales: el “Acuerdo para la Estabilidad en el Empleo”, que dio paso al Real Decreto-ley 8/1997 de 16 de mayo convertido luego en Ley 63/1997 y dos importantes acuerdos sobre materias concretas, sobre negociación colectiva y sobre cobertura de vacíos. La reforma, más limitada que la de 1994, se centra en las modalidades de contratación intentando controlar las disfunciones más evidentes en la contratación temporal, aunque manteniendo la misma orientación.

²⁰⁴ Hasta 1994 la tasa desempleo continuó en ascenso, pasando del 20,17% de la población activa en 1984 al 23,88% en 1994, reduciéndose progresivamente a partir de 1995 hasta llegar al 18,17% en 1998 siendo del 18,8% en 2009 (4.326.500 parados), cifra que continúa en imparable ascenso. Vid. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2009. CES. Madrid, junio 2010, pág. 121.

²⁰⁵ Ley 29/99 de 16 de julio, que modifica la Ley 14/1994.

²⁰⁶ Nace en el año 2001 (RD Ley 5/2001 – Ley 12/2001) que tenía como finalidad conseguir la integración social de los desempleados mediante su participación como trabajadores, en la realización de

En julio de 2004 con la firma por el Gobierno y las Organizaciones Sindicales y empresariales más representativas la Declaración para el Diálogo Social, se adopta un nuevo modelo de actuación. Se inició un debate sobre el proceso de reforma del mercado de trabajo, elaborándose un informe con las líneas de actuación, con el encargo a una “Comisión de expertos” de evaluar el funcionamiento de las políticas de empleo desde anteriores reformas laborales²⁰⁷. Fruto del diálogo se suscribió el 9 de mayo de 2006 el “Acuerdo para la Mejora del crecimiento y del empleo”, esta vez con coyuntura económica favorable, que recogió medidas afectantes a parcelas diversas del funcionamiento del mercado laboral principalmente a la contratación –fomento del empleo, reducción de la temporalidad, contratación indefinida, bonificaciones y estímulos para llevarlas a efecto-. Se acudió de nuevo a la figura del Real Decreto Ley para materializar sus previsiones, publicándose el RDL 5/2006, acogido luego por la Ley 43/2006 de 29 de diciembre con escasas modificaciones, que abordó en su capítulo II la modificación de la legislación laboral para mejorar la utilización de la contratación temporal. Entre otros aspectos se modificaron el contrato para el fomento de la contratación indefinida, la regulación de los contratos de duración determinada, el contrato para la formación, el contrato de inserción, así como el límite temporal de contratación de la LETT²⁰⁸.

No se planteó en la negociación del Acuerdo de 9 de mayo de 2006 modificar el sistema de contratación laboral existente, pese a lo cual se introdujo la modalidad contractual para el fomento del empleo de las personas con discapacidad y se suprimió el contrato de inserción²⁰⁹, así como la modificación de los límites de edad del contrato de formación de determinados colectivos de trabajadores, que poco afectaban a los índices de temporalidad, manteniéndose la estructura de la sección cuarta del ET. Sin duda una de las medidas más relevantes, junto a la decidida apuesta por el control de la temporalidad a través de la negociación colectiva, fueron las destinadas combatir el encadenamiento de contratos temporales²¹⁰.

obras o servicios de interés general o social, emprendidas por las Administraciones públicas, como medida de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad de los desempleados.

²⁰⁷ Se encargó a una comisión de expertos la evaluación de las políticas de empleo de anteriores reformas laborales, elaborándose el informe “Documento para el diálogo Social sobre el mercado de trabajo”, de 15-03-2005, crítico con las reformas anteriores por responder a estrategias diferentes e incluso contradictorias entre sí, proclamándose la necesidad de realizar un enfoque global en las reformas de las políticas de empleo. En el documento se propusieron como líneas de actuación cuatro áreas: la regulación laboral, el coste de la contratación laboral e indefinida, las políticas activas de empleo y protección por desempleo y los servicios públicos de empleo, con lo cual se centraba la actuación en el empleo y la contratación.

²⁰⁸ Vuelven a introducirse reformas en el ET, con la derogación de epígrafes de preceptos y alteraciones en su texto; se derogan artículos aún vigentes de leyes de acompañamiento y presupuestarias de años anteriores, así como el Real decreto 1451/83 de 11 de mayo de fomento de empleo de minusválidos, la Orden de 16 de octubre de 1998 reguladora de las ayudas para su integración y empleo y RD 290/2004 de 20 de febrero de enclaves laborales. Se modifican también la LETT, Ley 12/2001, y la LGSS.

²⁰⁹ Desapareció la letra d) del artículo 15 ET el contrato de inserción, un contrato de difícil encaje en el precepto y en el contexto al que iba dirigido. Se recuperó la posibilidad de contratar temporalmente como medida de fomento de empleo a las personas discapacitadas a través de la nueva figura regulada en la DA 1ª del RDL 5/2005.

²¹⁰ También se mantiene la implicación de la negociación colectiva en el establecimiento de límites a la contratación temporal. La redacción del párrafo 2º del artículo 15,5 ET ordenaba el establecimiento de requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de la contratación temporal, si bien más que una ampliación del contenido mínimo del convenio establecido en el artículo 85, 3 ET responde a un mandato promocional a los interlocutores sociales, atendiendo a su papel en la gestación de la norma. La

La aplicación práctica de la normativa en materia de contratación y su extinción, había provocado la reacción de los órganos judiciales intentando poner freno al fraude de ley en la contratación y al encadenamiento de contratos. La reforma de 2006 estableció límites legales y la posibilidad de fijar límites convencionales al encadenamiento de contratos temporales, incorporando las previsiones de la Directiva 1999/70 del Consejo, de 28 de junio de 1999, en materia de trabajo temporal y contratos de duración determinada²¹¹.

El art.15,5 ET reformado; en su párrafo primero estipuló: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo los trabajadores que en un periodo de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”*. La reforma introducida comportó que la adquisición de la condición de fijo del trabajador ya no se vinculara a los supuestos de incumplimiento del requisito de alta en seguridad social superado el período de prueba o de fraude a la Ley, sino a la permanencia en un mismo puesto de trabajo durante el período establecido a través de dos o más contratos temporales (salvo formativos, relevo e interinidad) directos o de puesta a disposición con ETT. Ello convirtió en irrelevante acreditar la existencia o no de fraude cuando se superen los 24 meses de prestación en un periodo de referencia de 30 meses, adquiriendo la condición de fijeza atendiendo a un simple cómputo temporal, con total independencia de si existe o no solución de continuidad entre contratos.

La proyección de esta innovación, si bien inicialmente no se tradujo en un incremento de litigiosidad, si se ha demostrado al en los últimos años y ha contribuido a limitar el encadenamiento, aunque, al no identificarse con claridad el puesto de trabajo, ha permitido que se ocupe simultáneamente por nuevos contratados por idénticas modalidades contractuales temporales²¹². En todo caso ello no cerraba el paso a

aplicación de las reformas antedichas, por mandato de lo dispuesto en la Disposición final 4ª, entró en vigor el 15 de junio de 2006, pero los contratos que se encontraban vigentes en esa fecha ya se tendrán en cuenta para el cómputo del número de contratos, del periodo de referencia y del plazo de veinticuatro meses; pero no los que se hubieren celebrado entre las mismas partes con anterioridad a su entrada en vigor.

²¹¹ La Directiva es fruto del 1 Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada estableció la clara preferencia sobre la contratación indefinida como forma más común de relación laboral. Establece medidas dirigidas a mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, garantizar la no discriminación entre trabajadores fijos y temporales y evitar la utilización abusiva de las relaciones laborales de duración determinada, implicando en ello a los países miembros. Vid. VALDES DAL RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, L. “La precariedad laboral en España. Por un nuevo marco jurídico de la contratación temporal para la convergencia con el ordenamiento comunitario. Comares, Granada, 2004.

²¹² La previsión respecto al cómputo del tiempo de prestación a través de ETT, venía a neutralizar de algún modo la doctrina del Tribunal Supremo, contenida en la Sentencia de 4 de julio de 2006, que declara la ineficacia de contratos de puesta a disposición encadenados y sin solución de continuidad para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria y la relación indefinida desde el primer contrato suscrito. Tal previsión tiene asimismo relación con la supresión de la prohibición que afectaba a las empresas de celebrar contratos de puesta a disposición “cuando en los 18 meses anteriores a dicha contratación los citados puestos de trabajo hubieran estado cubiertos durante un periodo de tiempo superior a 12 meses, de forma continua o discontinua, por trabajadores puestos a disposición por

la declaración del carácter indefinido de un contrato fraudulento o que se haya suscrito sin dar de alta al trabajador en la seguridad social, tal como seguía contemplando el artículo 15 en sus apartados 2, y 3, ni a la aplicación de los criterios contenidos en la doctrina unificada hasta esa fecha.

La reforma incidió también en la contratación por las Administraciones Públicas, responsables en buena medida de la alta tasa de temporalidad de nuestro país, por la frecuencia con que acuden a la contratación temporal, incorporando al articulado del ET la doctrina unificada relativa a la adquisición por el trabajador de la condición de indefinido, no fijo de plantilla (SSTS de 20 y 21-1-1998), tal como precisa el ET en su Disposición Adicional decimoquinta, equiparándose a trabajadores indefinidos sujetos a la cobertura de la plaza.

A partir de la reforma de 2006 se estableció un nuevo marco jurídico dirigido a desincentivar el trabajo precario y estimular el empleo estable pero flexible, adecuado a las necesidades de personal de las empresas. Su consolidación exigía el acompañamiento de un cambio de tendencia en las respuestas empresariales ante la necesidad de contratación de personal y la utilización de la interposición de terceros empresarios, que, como veremos, no se ha llegado a producir.

III.- TEMPORALIDAD Y CONTRATACIÓN LABORAL: SITUACIÓN ACTUAL Y LÍNEAS DE TENDENCIA TRAS LAS REFORMAS LABORALES DE 2010.

1. La contratación temporal en España.

La situación de la contratación en España tras las reseñadas medidas no ha experimentado cambios importantes, pues continuamos manteniendo la más alta tasa de temporalidad de la Unión Europea, doblando el promedio europeo²¹³, siendo el empleo temporal el que acusa en mayor medida el impacto de la crisis económica. La evolución del empleo temporal es en buena parte atribuible a las reformas del mercado de trabajo, que han permitido que la necesidad de flexibilidad se concentrara en el acceso a la contratación, desarrollando un mercado de trabajo “segmentado”, definido por el tipo de contrato que tienen los trabajadores²¹⁴.

empresas de trabajo temporal”, que desde el RDL 5/2006 podrían celebrarse si bien sujetos a las consecuencias previstas en el art. 15, 5 ET.

²¹³Pese a que se lograra una reducción de la tasa de temporalidad al 25,1%, la tasa española de temporalidad sigue siendo casi el doble del promedio en la Unión Europea. En la Memoria del CES sobre la situación económica y laboral en España en 2009 se destaca la fuerte destrucción de empleo temporal iniciada en 2008 y la fuerza con que la crisis está golpeando el empleo temporal. Cit. Págs. 327 y ss. (vid. Gráfico II-9). En la última memoria, correspondiente al año 2010, se indica que las contrataciones temporales siguen siendo las predominantes, al representar más del 91% del total de las registradas en las oficinas de empleo, porcentaje incrementado en los últimos dos años tras un leve impulso de la contratación indefinida en 2006; la contratación temporal en 2010 avanzó un 4% y la indefinida se redujo en más del 6% (Vid. “Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2010.” CES, págs. 38 a 40).

²¹⁴ HERRANZ MARTÍN, V. “El trabajo temporal y la segmentación. Un estudio de las transiciones laborales”. CES. Colección Estudios. Madrid, 2003, págs. 191 y ss. concluye que existe mercado de trabajo español de una segmentación anterior a los tipos de contrato, de origen económico y relacionada con la incertidumbre y la estacionalidad de los mercados, así como en la heterogeneidad de puestos y/o trabajadores presentes en el mercado.

La temporalidad en la regulación de la contratación laboral se reparte en tres modalidades contractuales, el contrato eventual, el contrato por obra y servicio determinado y el contrato de interinidad, agrupándose el mayor número de contratos en las dos primeras²¹⁵. He puesto de manifiesto cómo la búsqueda del empleo estable se ha presentado como uno de los aspectos esenciales de las reformas laborales a partir de la reforma laboral de 1994, por su repercusión en la competitividad de las empresas, en la mayor y mejor formación de los trabajadores y genera una mayor identificación de éstos con el proyecto empresarial actuando como factor de cohesión social, pues reduce los niveles de desempleo, permite el mayor desarrollo de proyectos personales y sociales e incide sobre los índices de siniestralidad.

Pese a tan ventajoso panorama la regulación de la contratación laboral en nuestro país, caracterizada por la preferencia legal por la contratación indefinida y a tiempo completo y la excepcionalidad de la contratación temporal o de duración determinada, se contraponen con la demostrada tendencia inversa que reflejan los altos índices de temporalidad que se han indicado, que ponen de relieve que los empresarios agotan la posibilidad de contratación laboral, incluida la fijación de los más amplios períodos de prueba, acudiendo al encadenamiento de contratos y con frecuencia a las empresas de trabajo temporal como alternativa al contrato indefinido, siendo destacable el papel de la contratación temporal como instrumento de selección y período de prueba. Se ha instalado en nuestro país la “cultura de la temporalidad”, como un fenómeno normal entre los empresarios, del mismo modo que tiende a normalizarse la rotación continua en un mismo puesto de los trabajadores y el encadenamiento sucesivo de contratos temporales.

Los propósitos e intentos de las reformas precedentes no se han materializado en la instauración de una mayor estabilidad en el empleo ni en la reducción sustancial de los índices de temporalidad en la contratación. Veamos en qué modo la sexta gran reforma estatutaria, la “versión 2010 de la reforma laboral permanente”²¹⁶, puede incidir en ese panorama, en un contexto socio-económico totalmente distinto al que llevó a los interlocutores sociales en 2006 a la recuperación del diálogo social y a la introducción de reformas pactadas.

2. Incidencia de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre en el marco normativo existente.

Los objetivos para la actual legislatura en el marco del diálogo social no comprendían la introducción de medidas de reforma de la contratación laboral²¹⁷. Han

²¹⁵De los 14 millones de contratos registrados en 2009 12,7 millones fueron temporales y de éstos las modalidades por obra o servicio agrupan 4,5 millones de contratos cada una. Vid, número de contratos en 2009 de las tres modalidades en el cuadro II-20, pág. 239 de la Memoria CES 2009. En la Memoria 2010 se cifran los contratos temporales más utilizados, el eventual por circunstancias de la producción y por obra y servicio en el 80% del total de las contrataciones indefinidas y temporales, destacando el incremento del contrato por obra o servicio. Respecto a su duración casi las dos terceras partes tuvieron en 2010 una duración máxima de un mes y se celebraron por cada persona ocupada asalariada casi 3,5 contratos (Vid. Memoria CES 2010, Capítulo II “Mercado de Trabajo, Políticas de Empleo y Relaciones Laborales”, págs. 38-38 y cuadro sobre evolución de las contrataciones registradas en página 57).

²¹⁶ Como la define PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. en “La versión 2010 de la reforma laboral permanente (La Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”. En GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, L., MERCADER UGUINA, J.R. Dir. “La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010 de 17 de septiembre”. LEX NOVA. Valladolid, págs. 25 y ss.

²¹⁷ Vid. “Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el diálogo social”. Gobierno – CCOO, UGT, CEOE y CEPYME. Madrid, 29 de junio de 2008.

sido mandatos externos y la virulencia de la crisis económica que se instaura a partir de 2009 los que han alterado los objetivos de gobierno e interlocutores sociales.

Y en ese nuevo marco, propicio para la realización de ensayos en el mercado de trabajo, se retoman y revisan tradicionales recetas avaladas por un importante colectivo de economistas²¹⁸, en demanda de la supresión de la diversidad de modalidades contractuales existentes, reiterando el discurso sobre la necesidad de flexibilizar el mercado de trabajo con diversos e incluso contradictorios argumentos²¹⁹, en línea con la demanda de “reforma del mercado de trabajo” desde el poder financiero nacional y europeo.

Tales propuestas han merecido respuesta por otros prestigiosos economistas, que han destacado el total paralelismo entre los planteamientos del manifiesto con los argumentos que en su día ya lanzó el Gobernador del Banco de España y con las peticiones de los líderes empresariales. Alertan que la falta de alternativas y de respuesta sindical y social a las pretendidas reformas, tras ser sometidas a la bendición de los expertos, puede dar lugar a dinámicas sociales muy peligrosas en el actual contexto de crisis económica.

Bien por la alerta generada por el manifiesto, o por las recomendaciones de países vecinos, el gobierno propuso un documento, que no obtuvo acuerdo de los interlocutores sociales y que dio lugar a la publicación del RD Ley 10/2010 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, cuyo contenido fue asumido por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, aprobada sin el consenso de los interlocutores sociales²²⁰.

De nuevo, de acuerdo con la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 10/2010, los objetivos de la reforma son la contribución a la reducción del desempleo e

²¹⁸ El manifiesto denominado “Propuesta la Reactivación Laboral de España (<http://www.crisis09>)” suscrito el 21 de abril de 2009 por un colectivo de 100 economistas (entre ellos por Guillermo de la Dehesa y Julio Segura), se hace eco del proceso de destrucción de empleo en España y la alta tasa de desempleo, manteniendo que las instituciones laborales deben rediseñarse al haber devenido caducas ante el proceso tecnológico, la globalización y el envejecimiento de la población. En materia de contratación y para la reducción de la dualidad del mercado de trabajo propone la desaparición de las modalidades contractuales temporales, excepto la de interinidad para la cobertura de bajas temporales, y un solo contrato indefinido indemnizable a su finalización en función de la antigüedad en el puesto de trabajo, lo que a su entender eliminaría la dualidad y “la alta protección de los contratos indefinidos actuales”, “que ayudaría a reducir la grave desigualdad de oportunidades que sufren distintos colectivos, como jóvenes, mujeres y emigrantes...”. Recoge planteamientos de la propuesta Italiana sobre del contrato único acogida por el Senador Pietro Ichino, sobre el proyecto de los Profesores T. Boeri y L. Garibaldi.

²¹⁹ Vid. La valoración del manifiesto que realiza ALBERT RECIO en su blog el 5-05-2009 bajo el título “Es la estructura, no el mercado laboral” (Cuaderno de crisis nº 6), que reclama un análisis más riguroso de los cambios en el empleo que el efectuado por los firmantes del manifiesto sobre el esquema fijo-temporal y sostiene que la destrucción de empleo ha incidido en el empleo temporal en gran parte por el enorme peso de del mismo en los sectores en crisis. Muy crítico con los firmantes del manifiesto, califica como “muestra de cinismo o de supina ignorancia encabezar un manifiesto (o un artículo) aduciendo que la crisis no la ha causado el mercado laboral para a continuación hacer recaer todo el cambio del modelo en reformas en este campo., sin apuntar propuestas en otras direcciones (Cuaderno de Crisis nº 6).

²²⁰ En relación al contexto de crisis y fracaso del diálogo social en que se gestó la reforma vid. SALVADOR DEL REY GUANTER – MORENO PIÑERO, FERNANDO: “Informe de urgencia sobre la nueva ley de Reforma Laboral”. Instituto Internacional Cuatrecasas de estrategia legal en recursos humanos. Cuatrecasas. Gonçalves Pereira, págs. 9 a 11, donde se afirma que nada hacía presagiar que la reforma se llevaría a cabo tal y con el desacuerdo de los interlocutores sociales.

incrementar la productividad de la economía española. A estos efectos, entre las medidas propuestas, se articulan las dirigidas a corregir la dualidad de nuestro mercado de trabajo y a promover la estabilidad en el empleo, persiguiendo el fomento de la contratación indefinida y el “endurecimiento” de la contratación laboral temporal. Pero ni el RDL 10/2010 ni la Ley 35/2010 han introducido cambios sustanciales en el régimen jurídico de la contratación laboral, ni han planteado eliminación o reducción de las modalidades de contratación temporal, siendo escasas las reformas introducidas en relación con el marco laboral existente en 2006, no vislumbrándose una decisiva apuesta por reforzar la causalidad en la contratación.

Aunque es una reforma del régimen jurídico del contrato de trabajo, aborda la contratación desde el objetivo de corregir la dualidad del mercado de trabajo y promover la estabilidad en el empleo, con escasa incidencia en la regulación precedente²²¹. No han calado hasta el momento las propuestas de unificación contractual de la Comisión Europea ni las formuladas por expertos nacionales, que proponen la supresión de aquellas que han generado mayores disfunciones en su aplicación, manteniéndose la vigencia del principio estabilidad en el empleo como límite a la actuación de los Estados y elemento principal de protección de los trabajadores, según la jurisprudencia comunitaria²²².

El debate sobre la necesidad de conciliar la flexibilidad del mercado de trabajo y la seguridad en el empleo, sobre la denominada “flexiseguridad”, generado en el ámbito de la Comunidad Europea y materializado en el Libro Verde, no ha logrado el beneplácito de todas las instituciones comunitarias y ha merecido el expreso rechazo del Comité Económico y Social, no habiendo tenido hasta la fecha proyección alguna en la regulación de la contratación laboral²²³.

Se mantiene en el ordenamiento laboral, junto a la contratación indefinida, un amplio elenco de modalidades contractuales que responden a distinto objeto y finalidad, en su mayoría temporales, que suelen agruparse en cuatro bloques: la contratación laboral estructural que regula el art. 15 ET –contratos por obra o servicio, eventuales y de interinidad, por sustitución y por cobertura de vacante- contratación que puede concertarse también con ETT, la contratación temporal coyuntural amparada en el art. 17,3 y reservada a discapacitados o personas en situación de exclusión social, los contratos formativos de formación y prácticas, regulados en el art. 11 ET y el contrato de relevo, que acompaña a la jubilación parcial, regulado en el art. 12, 6 ET.

²²¹ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. en “El contrato de trabajo en la Ley 35/2010”. LA LEY nº 7488, Sección Editorial, 14-10-2010, Año XXXI, Editorial La Ley, págs. 2 y ss. Pone de relieve que las modificaciones contenidas en la regulación estatutaria sobre contratos temporales son escasamente incisivas en asegurar la “causalidad” de la contratación temporal, formalmente impuesta en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, en contraste con la contratación temporal, extendida y descausalizada, que da cobertura a puestos de trabajo permanentes.

²²² El TSJCEE en las Sentencias de 18-01-2007 (CGT), 4-06-2006 (caso Adenelner) ha considerado a la estabilidad en el empleo como elemento principal de protección de los trabajadores.

²²³ Las propuestas del debate seguido en el seno de la Comisión Europea sobre cómo afrontar los retos del mercado de trabajo del siglo XXI están contenidas en el Libro Verde “Modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI (COM (2006) 708 fina, de 22 de noviembre de 2006.

La regulación de la contratación temporal se complementa en su desarrollo reglamentario y en las posibilidades que se atribuyen a la negociación colectiva para establecer los puestos de trabajo a cubrir e incidir sobre la duración establecida.²²⁴

3. Medidas para reducir la dualidad y la temporalidad del mercado de trabajo: limitaciones en la contratación temporal.

Como se ha indicado, tanto la Ley 35/2010, de 17 septiembre como el RDL 10/10 de 16 de junio²²⁵, identificaron como una de las debilidades de nuestro modelo de relaciones laborales un significativo peso de los trabajadores con contrato temporal, incluyendo entre sus objetivos principales la reducción de la dualidad del mercado laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad.

A tal efecto introdujeron, medidas para restringir el uso injustificado de las modalidades temporales de contratación y para promover la contratación indefinida. Incidió sobre las modalidades contractuales más utilizadas, con la vocación de impedir que pasen a cubrir una necesidad de trabajo prolongada, consolidando y ampliando los supuestos en que el paso del tiempo convierte los contratos temporales en indefinidos, elevando las indemnizaciones a su finalización. Se aborda la reforma introduciendo limitaciones directas a la contratación temporal, modificando el art. 15 ET con medidas que afectan principalmente a la contratación por obra y servicio, al encadenamiento de contratos temporales y, en menor medida, modificando la contratación formativa, manteniéndose la regulación de la contratación eventual, pese a concentrar una importante bolsa de fraude. El RDL 10/10 entró en vigor el 18 de junio de 2010 afectando las reformas en materia de contratación a los contratos suscritos a partir de esa fecha, que mantuvo la Ley 35/2010²²⁶.

Las modificaciones operadas suponen la introducción de una mayor dosis de flexibilidad en la regulación de la institución central del Derecho del Trabajo, que sigue siendo el contrato de trabajo, pero como acertadamente se ha puesto de relieve, frente al incremento de la flexibilidad interna y la flexibilidad de salida, la reducción o corrección que experimenta finalmente la flexibilidad de entrada es relativa, pues figura acompañada de medidas que van en sentido contrario y, en cualquier caso, queda muy alejada de aquellas, con el resultado de un mayor desequilibrio para una de las partes del contrato de trabajo y de la relación laboral, convirtiéndose en una ley injusta, por desproporcionada e irracional²²⁷.

²²⁴ LÓPEZ-TAMAMES IGLESIAS, R. destaca como única modificación relevante introducida por el RDJ 10/10 es el protagonismo de los convenios sectoriales. En “Cuestiones prácticas relacionadas con la nueva limitación temporal del contrato para obra o servicio determinado” EDB 2011/21584. Revista de Jurisprudencia El Derecho nº 3, pág. 2.

²²⁵ Respecto al alcance y estructura de la Ley 35/2010, vid. RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “La Reforma Laboral y el dinamismo del contrato de trabajo” en RL, Sección Doctrina, noviembre 2010, AÑO XXVI, TOMO 2. Ed. La Ley.

²²⁶ DEL REY GUANTER, S. – MORENO PIÑERO, F. en “Informe de urgencia sobre la nueva reforma laboral”, cit. , pág. 14, pese a efectuar una valoración de la reforma laboral positiva y “muy positiva” en determinados aspectos, critican la limitación excesiva de la contratación temporal al producir “una inconveniente limitación de la contratación temporal directa (cierto que con importantes salvedades, como es el caso del contrato fijo de obra...)”.

²²⁷ GARATE CASTRO, J. La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo “. Actualidad Laboral nº 1/2010. Para el autor, ese mayor desequilibrio “se ve empeorado por el hecho de que se construye con piezas que traicionan principios jurídicos básicos o traspasan las líneas rojas de lo

IV.- LA NUEVA CONTRATACIÓN POR OBRA O SERVICIO DETERMINADO: EL LÍMITE DEL TÉRMINO INCIERTO DEL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO: MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL ARTÍCULO 15.1.A) DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES:

El contrato por obra y servicio determinado es, además del contrato más utilizado en la actualidad, un clásico en el ordenamiento laboral, cuyos antecedentes se sitúan en el arrendamiento de obras o servicios establecido en el art. 1538 del Código Civil²²⁸. De los contratos estructurales ha sido el único modificado por las reformas que tratamos²²⁹.

Como es sabido el contrato se concierta para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es de duración incierta. La obra o servicio viene delimitada por vía legal y los convenios sectoriales pueden identificar los trabajos o tareas con autonomía y sustantividad propia que pueden cubrirse con aquella modalidad. La validez del contrato de obra exigía dos elementos: un elemento objetivo o material, la obra o servicio a realizar, a la que se exige el carácter sustancial y autónomo, y elemento temporal, una duración vinculada a su realización, “certus an, incertus quando”²³⁰. Esto es, se sabe que la relación laboral debe cesar pero se ignora en qué momento y, aunque pudiera establecerse con carácter aproximativo, no podía fijarse unilateralmente por el empleador, no admitiendo duración mínima ni máxima ni prórrogas. Dicho contrato perseguiría dar cobertura a las necesidades de aquellas empresas que se crean para llevar a cabo, y realizan habitualmente, obras o actividades de carácter temporal, lo cual exige la necesaria concreción de la actividad en el tiempo y el espacio, en evitación de fraude a la ley y a la conversión en indefinido del contrato²³¹, pudiendo dar lugar las distintas obras o

admisibles en estrictos términos jurídicos y ... Pasa a adscribirse al grupo, creciente, de leyes «injustas»; es una Ley injusta por desproporcionada y, en definitiva, por irracional. Produce para los trabajadores individualmente considerados, actuales y futuros, sacrificios superiores a los beneficios que las medidas introducidas pueden reportar para el conjunto de la sociedad y la superación de la crisis económica y de empleo en la que está inmersa.”..

²²⁸ Sobre el devenir histórico y el régimen jurídico de la modalidad contractual, vid. VICENTE PALACIO, M.A. “El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado”. Tirant lo Blanch. Valencia 1996.

²²⁹ MORENO GENÉ, JOSEP, en “Afectaciones de la Reforma laboral de 2010 en el contrato para la obra o servicio determinado”, RTSS- CEF nº 334, págs. 69 a 106, destaca que “cualquier actuación normativa que tenga por finalidad restringir el uso injustificado de las modalidades temporales de contratación debe incidir en esta modalidad contractual, por ser esta la más utilizada entre las modalidades de contratación temporales y aquella que plantea mayores dudas respecto al justificado o no de su utilización”. En el mismo sentido se pronuncian CAMPS RUIZ, L.M. “La reforma de la contratación” en ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO PELLICER, A., CAMPS RUIZ, L...M. y GOERLICH PESET, J.M. “La reforma Laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010. Tirant lo Blanch. Valencia 2010, pág. 18.

²³⁰ Como había puesto de manifiesto la doctrina, aquella incertidumbre y la prolongación de la obra/s o servicios, impide al trabajador efectuar una previsión en cuanto a la duración del contrato RUIZ CASTILLO, M^a MAR. “La duración del contrato de trabajo: Estudio de su régimen legal y jurisprudencial”, Revista de Política Social nº 138/83, págs. 40 y ss.

²³¹ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, J. “La contratación temporal y el fraude a la ley”. Relaciones Laborales n 23/90, págs. 14 y 15.

servicios a contrataciones de trabajadores temporales con carácter simultáneo o sucesivo²³².

De ser una modalidad típica, aunque no única, del sector de la construcción, que ha modalizado el tipo contractual²³³, se ha generalizado su utilización a muy variados sectores²³⁴, encabezando el mayor número de contratos con la consiguiente litigiosidad en su aplicación²³⁵. A ello no es ajena la posibilidad de vincular su duración a concesiones administrativas o la contrata de una obra o servicio por parte de la empleadora, con independencia de la naturaleza de la actividad contratada²³⁶, así como a la generalizada utilización en las administraciones públicas y al innegable efecto de sustitución de buena parte de la contratación temporal coyuntural.

Venía caracterizándose al contrato por obra o servicio, aunque no sin discrepancias doctrinales, como un contrato sometido a término resolutorio y no a condición resolutoria, en tanto que pese a la incertidumbre del momento en que se producirá su finalización ésta se produce, ignorándose únicamente el momento en que ello acaecerá²³⁷.

Pues bien, el art. 15, a), en su nueva redacción, permite suscribir contratos de duración determinada:

a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa.

²³² VILLA GIL, L.E. “La utilización sucesiva de diversas formas de temporalidad”. En Cuadernos de Derecho Judicial 1997, VVAA. “Cuestiones de Derecho Laboral”. CGPJ 1997, págs. 125 y ss.

²³³ A partir del Convenio General de la Construcción de 4-05-1992 (BOE 20-05-1992), sustitutivo de la Ordenanza Laboral de 28-08-1970, se estableció una duración máxima de tres años cuya superación comportaba la adquisición de fijeza del trabajador. Vid. “Comentarios al Convenio General de la Construcción”. VVAA. Madrid. Fundación Anastasio Gracia, 1993.

²³⁴ La Jurisprudencia, dentro de la referida casuística, continúa delimitando las amplias posibilidades de cobertura contractual a través de la contratación por obra o servicio. Ejemplificativamente, vid STS de 20-10-2010 y doctrina que cita (Roj: STS 5746/2010, N° de Recurso: 3007/2009), que niega autonomía y sustantividad propia a la actividad de realización de las funciones auxiliares de interpretación y traducción que para el desarrollo de su misión precisen la unidades militares integrantes de las fuerzas españolas destacadas en Afganistán por un periodo aproximado de cuatro meses.

²³⁶ Pese a ello la conflictividad se centró en sectores específicos, como el de Vigilancia de Seguridad y limpieza, que fueron, junto a la construcción, los primeros sectores en regular el mecanismo subrogatorio para el supuesto de pérdida de la contrata, que hoy recogen un buen número de convenios de sector. La amplia casuística abordada por la doctrina y jurisprudencia, relativa al objeto o causa del contrato y a las circunstancias exteriores de la actividad desarrollada y su identificación hasta fecha reciente puede consultarse en GARCÍA NINET, I. en “El contrato por obra o servicio determinado”, en VVAA. , págs. 27 a 66.

²³⁷ GARCÍA NINET, I y VICENTE PALACIO, A. “Contrato temporal para obra o servicio determinado: Nueva legislación y jurisprudencia”. Tirant lo Blanch. Colección laboral, n° 68, pág. 57.

Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

Hasta la actual regulación, como se ha indicado, el contrato por obra o servicio venía definido por dos elementos, el elemento objetivo, constituido por la obra o servicio a realizar, y el elemento temporal, la duración incierta de su ejecución, residiendo la mayor litigiosidad en la identificación de la obra o servicio del contrato y en la determinación de la autonomía o sustantividad de la obra o servicio contratado²³⁸. El nuevo régimen jurídico del contrato por obra o servicio introduce plazo contractual cierto eliminando una de las ventajas atribuidas a la contratación por las empresas, la duración incierta y la extinción cierta del contrato, que no ha merecido una valoración unánime²³⁹.

La reforma del contrato viene caracterizada por la limitación temporal, antes inexistente, de tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo, con respeto a los de mayor duración previstos actualmente en la negociación colectiva estatal. De limitarse la anterior regulación a tolerar la fijación de un período determinado de duración a modo de mera orientación, vinculándola al tiempo necesario para la realización de la obra o servicio, se opta por establecer legalmente un límite, en lo que se ha denominado una novación contractual legal del contrato por obra o servicio en un contrato indefinido, por el transcurso del período establecido, con independencia del objeto del contrato²⁴⁰. En suma, la obra o servicio sigue siendo indeterminada en el tiempo pero no la duración del contrato vinculado a su realización.

La especialidad de la nueva regulación ha planteado distintas situaciones relacionadas con la desvinculación entre la duración de la obra y la del contrato, que no se han resuelto de modo unánime por la doctrina, que mantiene distintas posturas en torno a la interpretación de la efectividad del límite temporal, lo que augura una importante litigiosidad sobre las interpretaciones posibles del juego de los arts. 15, ap. 1ª) y) y 49, 1 c):

1.- Solo si finaliza la obra o servicio con anterioridad al período de 3/4 años es posible la extinción contractual por fin de contrato, expirado el plazo legal o convencional (3/4 años) se adquiere la condición de fijo de plantilla.

2.- La realización de la obra o servicio comporta la extinción del contrato aún superado el plazo de 3/4 años.

²³⁸ El Tribunal Supremo reitera en su abundante doctrina la necesidad que concurren en la obra o servicio los elementos y requisitos indicados, exigiendo la duración incierta de la obra o servicio, que no se concierte para realizar la actividad normal de la empresa y que el trabajador sea ocupado en aquellos. (por todas SSTs 14-03-2000, 18-09-2001, 21-03-2002, 22-06-2004, 23-11-2004, 11-05-2005 y 19-07-2005).

²³⁹ GOERLICH PESET, J.M. en “La limitación temporal del contrato para obra o servicio determinado tras la reforma laboral”. en “La reforma del Mercado de Trabajo”. LEX NOVA. 2010, págs. 1 a 7. El autor considera que la solución de la ley no es muy afortunada.

²⁴⁰ BLASCO PELLICER, A. “La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado”. Actualidad Laboral nº 2 – enero 2011, págs. 155 a 168 mantiene que la ley establece un efecto automático que no admite excepción. Considera que el legislador ha introducido una desconexión entre la causa de temporalidad y la duración del contrato, de suerte que la causa justificaría el recurso a la temporalidad pero no determinaría, al menos de forma completa, la duración del contrato.

3- La “conversión” de la duración del plazo de 3/4 años en un término final que permite la extinción del contrato.

4.- Novación automática del contrato del contrato transcurrido el plazo de 3/4 años en contrato indefinido cuya extinción constituirá un despido que de concluir la obra o servicio cabrá reconducir a las causas previstas en el art. 52, c).

Un importante sector doctrinal sostiene que se ha producido una modificación de la naturaleza del contrato, rigiendo aquel término incierto siempre que no se supere el plazo máximo establecido legal o convencionalmente, de modo que hasta ese tope temporal el contrato durará lo que dure la obra o el servicio. Si una u otro se prolongan más allá del plazo establecido y el trabajador continúa adscrito a su realización, adquirirá la condición de fijo, lo cual genera para el empresario la obligación de formalizar aquella transformación haciendo entrega al trabajador de comunicación de fijeza del contrato, en cumplimiento de lo dispuesto en el nuevo apartado 9 del art. 15 del ET, constituyendo además su incumplimiento una infracción administrativa²⁴¹.

Otros autores han mantenido que no se produce una transformación de la causa de los contratos temporales, sino una intensificación de los límites temporales en su utilización, confiando de nuevo al transcurso del tiempo el trasvase de empleo precario a fijo²⁴², lo que evidencia el futuro planteamiento de las más diversas situaciones aplicativas, que quedarán a la interpretación judicial. Dicha línea doctrinal se ampara en que entre los objetivos declarados de la reforma se halla el establecimiento de límites a la contratación temporal, pero no el modificar la estructura ni la naturaleza de las modalidades contractuales existentes²⁴³.

Se ha planteado si es admisible pactar que la duración del contrato se vincule a la duración máxima establecida legalmente o en convenio, lo que por lo general niega la doctrina, negando la conversión del contrato de obra en un contrato a término cierto²⁴⁴. Tampoco es unánime si, cumplido el plazo de duración máximo del contrato, el empresario puede extinguir el contrato aún cuando no hubiere concluido la obra o servicio²⁴⁵. Se debate también si llegado el límite máximo de vigencia y continuando la prestación de servicios el trabajador adquiere la condición de fijo de plantilla aunque no hubiere finalizado la obra o servicio, o, por el contrario, si el contrato mantiene su

²⁴¹ Prevista en el nuevo art. 6.4 bis del Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, lo que no había previsto el RDL 10/2010.

²⁴² LAHERA FORTEZA, J. “la reforma de la contratación laboral”, en Relaciones Laborales nº 21, sección doctrina, Noviembre 2010, Año XXVI, tomo 2. Editorial La Ley, pág. 3.

²⁴³ MORENO GENÉ, JOSEP, en “Afectaciones de la reforma laboral.....”, cit, sostiene que la reforma laboral de 2010 “no ha incidido en modo alguno en la delimitación del ámbito de aplicación de la modalidad contractual, limitándose a reiterar la delimitación ya contenida en la regulación anterior a la reforma... no aportando nada a la delimitación objetiva del contrato...”.

²⁴⁴ LAHERA FORTEZA, J. Cit. Pág. 5, para el autor la técnica de “descausalización” utilizada por el legislador no afecta al inicio del contrato, pues transcurrido el plazo fijado debe haberse mantenido la prestación de servicios en la obra o servicio contratados.

²⁴⁵ En opinión de GARCÍA NINET, J.I., en “Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico” Dir. MONEREO PÉREZ, J.L. Colección Comentarios a la Legislación Social. Comares. Granada 2010, pág. 29, “Es cuando la obra o servicio se prolonga más allá de tres años (o la duración superior) cuando el contrato deviene indefinido, sin que pueda enervarse esta conversión por la denuncia del contrato antes de dicho plazo y sin que haya finalizado la obra o servicio que justificó sus suscripción.

naturaleza temporal y, superado el límite máximo, finaliza por la realización de la obra o servicio que motivó la contratación en aplicación el art. 49, 1 c)²⁴⁶.

En mi opinión las cláusulas contractuales que impidan que el contrato se extienda más allá de la máxima duración legal deben considerarse ilegales, teniéndose por no puestas, entendiendo en todo caso que si la obra o servicio es de duración superior a los tres años, no se podrá extinguir el contrato al término de los tres años, sino que deberá continuar trabajando en la obra o servicio pero ya como trabajador fijo²⁴⁷. Al vencimiento de la duración máxima se anuda la conversión en fijo del contrato, dado el carácter imperativo de la nueva previsión contenida en el art. 15, a) ET, que no determina la extinción del contrato de obra como si de un contrato eventual se tratara sino la novación en contrato indefinido²⁴⁸. No se ignora sin embargo que un importante sector doctrinal ha considerado que el plazo establecido opera como término final, permitiendo la extinción a su finalización, al igual que si de un contrato eventual se tratara²⁴⁹.

No ha optado el legislador por clarificar los aspectos del contrato que habían suscitado mayor controversia, relativos a la causalidad del contrato. Por el contrario, aquella se ha puesto en entredicho por un importante sector doctrinal tras la introducción del límite temporal en lo que se considera una “desnaturalización de su objeto”. Y parece centrarse el debate en si el límite máximo de 3-4 años faculta a la empresa para acordar la extinción del contrato a su término para evitar su conversión en indefinido, aunque la obra o servicio no hubieren finalizado, así como en el juego que la relación entre el art. 15, 1 a) ET y el nuevo redactado del art. 49, 1 c) ET en relación a la posibilidad de extinguir el contrato superado el plazo legal o convencionalmente establecido.

Considero que únicamente es posible la extinción del contrato por obra o servicio si finaliza la obra o servicio con anterioridad al período de 3-4 años, aplicando lo dispuesto en el art. 49, 1 c) ET sin que pueda operar dicho plazo como término cierto que determine la extinción. Vencido el contrato al superar aquellos períodos se produce una novación contractual, adquiriendo fijeza y haciendo inaplicable lo dispuesto en el art. 49, 1 c) ET. Superado el plazo, la realización de la obra o servicio únicamente puede justificar una extinción objetiva indemnizada, en aplicación de lo dispuesto en el art. 52

²⁴⁶ FERNÁNDEZ DÍEZ, ANTONIO: “El contrato de trabajo temporal de obra o servicio determinado, duración máxima y vinculación con las contrata tras la reforma laboral del año 2010”. Revista de Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos nº 21/2010, 31-12-2010, págs. 3-4.

²⁴⁷ DE LA PUEBLA PINILLA, - GOMEZ ABELLEIRA EN “La Reforma Laboral de 2010”. Francis Lefebre. Madrid 2010, págs. 42-3, han mantenido la imposibilidad de establecer contractualmente un término final al contrato, aún coincidente con su duración máxima, deviniendo la extinción del contrato por el transcurso del término final un despido improcedente.

²⁴⁸ LAHERA FORTEZA, J. “La reforma...”, cit, pág. 6 de 43.

²⁴⁹ BLASCO PELLICER, A. en “La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado”, Actualidad Laboral 2/2011, pág. 159, mantiene que una vez transformado el contrato en indefinido por transcurso de su duración máxima no es dable pactar cláusula resolutoria expresa en tanto constituiría un abuso de derecho que veda el art. 49, 1 b) atendiendo a la naturaleza del contrato como sujeto a término incierto. Para el autor, si los contratos suscritos alcanzan la duración máxima y la obra o servicio continúan en ejecución la duración máxima operará, si así lo acuerdan las partes, como termino cierto al modo en que se opera en el contrato eventual por circunstancias de la producción.

c) si concurren aquellas razones y, de lo contrario, la extinción debería calificarse como improcedente²⁵⁰.

Ofrecer otra interpretación iría en contra de los propios objetivos de la reforma de promover el empleo estable, limitar la dualidad en el mercado de trabajo y la temporalidad, permitiendo a las empresas de una parte la posibilidad de “descausalizar” el contrato únicamente a efectos extintivos, al limitar temporalmente su duración a 3-4 años, y de otra recuperar la causalidad del contrato cuando se decida prolongarlo más allá del referido período. Estimar lo contrario, ante las dificultades probatorias de los trabajadores afectados, supondría dejar al arbitrio de las empresas la duración del contrato y su extinción.

1. Ámbito de aplicación del límite temporal y excepciones.

El novedoso límite temporal se aplica para los contratos concertados a partir del 18-06-2010, rigiéndose los suscritos con anterioridad por la normativa vigente cuando se concertaron, en cuyo caso los contratos se extinguen a la finalización de la obra o servicio sin operar el mecanismo temporal de transformación a fijos. No afecta a la duración establecida en los convenios que a la entrada en vigor de la Ley 35/2010 hubieran establecido otros límites para los contratos²⁵¹.

Según precisa el párrafo segundo de la disp. trans. 1ª Ley 35/2010, la reforma alcanza a los contratos para obra o servicio determinados celebrados a partir de la fecha de entrada en vigor de ésta, producida el 19 de septiembre de 2010 y al establecer el precepto que «se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron», afecta también la limitación los suscritos bajo la vigencia del Real Decreto-ley 10/2010, entre el 18 de junio y el 18 de septiembre de 2010, ambos incluidos. En consecuencia, la duración de los contratos anteriores al 18 de junio de 2010 seguirá sometida, exclusivamente, a la de la obra o servicio que constituya su objeto, a salvo de cláusula convencional que establezca lo contrario en el momento en que se celebró el contrato.

No alcanza tampoco la limitación a la duración máxima a la que pudiera venir establecida en los convenios sectoriales, no los de ámbito empresarial, que se hallen vigentes a la entrada en vigor de la Ley 35/2010, manteniéndose la regulación pactada, conforme mandata la disposición adicional 1, 1er. pf. Puede plantear problemas la determinación de la duración máxima convencional, en referencia a la vigencia inicial, la prorrogada o a la situación de ultra actividad del convenio sectorial, dado el carácter normativo de la estipulación, conforme dispone el art. 86 ET. Se verán afectados de futuro los “ajustes”, no solo temporales, de la modalidad por obra o servicio que se han efectuado en determinados sectores, que quedarán de futuro limitados a las previsiones del nuevo art. 15, 1 a) ET.

2. Aplicación del límite temporal en contratos o concesiones administrativas.

²⁵⁰ Vid. MORENO GENÉ, J. las interpretaciones en torno a la limitación temporal “restringida” del contrato de obra o servicio, en “Afectaciones de la reforma laboral...”.

²⁵¹ Vid. Disposiciones transitorias primeras del RDL 10/10 y Ley 35/10 y Disposición Adicional 1ª 1 de la Ley 35/10, que indica «lo dispuesto en el artículo 15, apartado 1.a), del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada al mismo por esta Ley, se entiende sin perjuicio de lo que establecen actualmente los convenios colectivos sectoriales sobre la duración máxima del contrato por obra o servicio determinados».

Aquellas conclusiones se aplicarían igualmente cuando la contratación por obra o servicio se vincula a una contrata, pues no ha establecido la Ley 35/2010 exclusión de ningún tipo. De ese modo que al igual que se reconoció la virtualidad de la contrata mercantil como objeto de la contratación por obra o servicio determinado y, pese a que se mantiene aquella conexión estimándose que posee autonomía y sustantividad propia dentro de la esfera de actuación del empresario²⁵², ésta deberá vincularse a las nuevas exigencias que se imponen a la contratación con el nuevo redactado del art. 15, a) ET, limitando la duración del contrato según sus estipulaciones²⁵³.

Hay que indicar que, al mantenerse la vigencia de los convenios sectoriales que contengan estipulaciones relativas a la contratación por obra o servicio en virtud de lo dispuesto en la DA 1ª 1 de la Ley 35/2010, seguiría del mismo modo vigente el vínculo establecido por convenio a la duración de la contrata, siempre que el convenio esté en vigor.

Continúa vigente y plenamente aplicable la jurisprudencia del Alto Tribunal, que impide la extinción contractual en supuestos de reducción parcial, sucesión con la misma empresa o reducción de la contrata por voluntad de la contratista²⁵⁴. A partir de las sentencias de 17 y 18 de junio de 2008 el Tribunal Supremo resolvió que las contratas sucesivas que concierte la misma empresa no pueden propiciar la finalización de la obra o servicio inicialmente contratado y la suscripción de posterior contrato, continuando su vigencia el contrato inicial mientras la empleadora siga siendo la adjudicataria de la contrata. Ello plantea si a los efectos de aplicar el art. 15,5 ET se consideraría que ha existido un contrato prorrogado o varios contratos, pues de existir un solo contrato no podría aplicarse el límite de acumulación de aquel precepto, como luego veremos.

El Tribunal Supremo en su sentencia 6566/2010, N° de Recurso: 4173/2009, de 08/11/2010 ha resuelto declarar la ilegalidad de la cláusula genérica de finalización de contrato por reducción de volumen de contrato de la contrata a decisión de la empresa principal o comitente. Dicha sentencia es de especial interés pues recoge, junto a las

²⁵² Existe una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable a dar cobertura a través del contrato por obra o servicio a concesiones administrativas o contratas, validando con ello que pueda concertarse para una actividad de carácter permanente u ordinaria de la empresa contratante. Vid. Por todas SSTS 15-01-1997 (RJ 1997, 497), 8-06-1999 (RJ 1999, 5209), 20-11-2000 (RJ 2001, 1422), 26-06-2001 (RJ2001, 6839) 14-06-2007 (RJ2007, 5479), 21-02-2008 (RJ, 178/2007) 10-06-2008 (rec. 204/2007). Ha considerado el Alto Tribunal para avalar la validez de la contratación que la naturaleza de los contratos por obra o servicio la determina su duración y mientras subsista el contrato se mantiene aunque se vincule a la existencia de una contrata, adquiriendo la condición de indefinido por el transcurso del período máximo establecido legalmente. Vid. Jurisprudencia citada en CRUZ VILLALÓN, J.: “Contratación laboral y descentralización productiva en VVAA “Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo”. En memoria de Ignacio Albiol Montesinos. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 115 y ss.

²⁵³ Como pone de relieve GARCÍA NINET, I. en “Las modalidades de contratación temporal...”, cit, págs. 40-41 el Tribunal Supremo ha asumido con total normalidad el contrato para obra o servicio determinado condicionado a la existencia de concesión administrativa o contrata., considerando que existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista, objetivamente definida y conocida por las partes en el momento de contratar, que opera como límite temporal previsible en la medida que se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste.

²⁵⁴ SSTS 23-09-2008, (RJ 2008, 5534) sobre extinción o reducción parcial de la contrata, STS 12-06-2008 (RJ 2008, 4447., TS 18-06-2998 (RJ 2008, 4449), STS 17-06-2008 (RJ 2008, 7054).a , 23-09-2008, 12-05-2009. Véase también “El contrato de trabajo temporal de obra o servicio determinado, duración máxima y vinculación con las contratas tras la reforma laboral del año 2010”, cit. , págs. 6-7.

sentencias relativas a la posibilidad de vincular contrata y contrato de obra, también los más recientes pronunciamientos de la Sala relativos a los requisitos de validez del contrato por obra o servicio²⁵⁵.

La disminución de la obra no está prevista legalmente como causa de extinción del contrato de obra, lo que vedaría la posibilidad de extinción contractual, habiéndose planteado la validez de las cláusulas contractuales y/o convencionales que prevén la disminución de obra como causa de extinción del contrato, así como la posibilidad de que quepa la extinción de un contrato de obra en aplicación de lo dispuesto en el art. 52 1 c) ET²⁵⁶.

3. Aplicación del límite temporal al contrato “fijo de obra” en el sector de la construcción: Excepciones.

Como se ha indicado con anterioridad, en el sector de la construcción existe desde 1992, en que se suscribió el I Convenio General del Sector de la Construcción, la posibilidad de establecer un límite temporal a la contratación de obra, que vienen recogiendo los convenios sectoriales suscritos, con el aval del Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de junio de 2005²⁵⁷ y el posterior respaldo de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, que en su disposición adicional tercera se refiere a su regulación como garantizadora de una mayor estabilidad en el empleo en el sector²⁵⁸. No configura el convenio una modalidad contractual temporal, como señala la referida sentencia y mantiene la doctrina²⁵⁹, sino que se dota de un especial régimen jurídico a lo que sería de hecho una sucesión de contratos independientes, al permitir la prestación de servicios en distintos centros, el establecimiento de un arco temporal dentro del cual pueden suscribirse contratos para documentar aquellas prestaciones y la fijación de una indemnización que mejora la establecida en el art. 49, 1 c) ET y se cuantifica sobre distintos parámetros, en el 7% del salario del periodo trabajado.

El IV Convenio, cuya vigencia se extiende a 31-12-2011, en su art. 20 contempla a la modalidad de obra como la concertada para una sola obra, con independencia de su duración, indicando en el punto 3 que *“manteniéndose el carácter de un único contrato, el personal fijo de obra, sin perder dicha condición de fijo de obra, podrá prestar servicios a una misma empresa en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un período máximo de tres años consecutivos...”*, determinando

²⁵⁵ Véase comentada en LAHERA FORTEZA, J.: “Límites en la extinción del contrato de obra conexo a una contrata mercantil: el inicio de la quiebra de un modelo de empleo temporal asociado a la descentralización productiva (STS 8 de noviembre de 2010).

²⁵⁶ Vid. OLMOS PARÉS, I: “La extinción del contrato de obra y/o servicio por disminución/novación de la obra o por expediente de regulación de empleo”. Actualidad Laboral nº 12, tomo 2. Editorial LA LEY. laleydigital.es, Septiembre 2011.

²⁵⁷ El Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de junio de 2005 (RJ 2005, 7791) consideró que no constituye una modalidad temporal al margen del art. 15 ET, que se impone como norma de derecho necesario, constituyendo una adaptación al régimen legal del contrato para obra o servicio determinado.

²⁵⁸ MERINO SENOVILLA, H. “Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción. Editorial Bomarzo, Albacete 2006. 95 y ss.

²⁵⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. “Contratación como fijo de obra para varias edificaciones indeterminadas”. Comentario a la STS de 30 de junio de 2005”. En Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi nº 25/2005, pág. 10.

dicho límite un “término resolutorio impropio, un ”marco temporal de referencia dentro del cual puede pactarse el acuerdo para prestar servicios en distintos centros.

Hasta la reforma de 2010 la negociación colectiva, a diferencia de las más amplias facultades que ostentaba en la contratación eventual, no podía afectar la duración máxima de los contratos por obra o servicio determinado; a partir de la Ley 35/2010, ésta facultad se extiende a la negociación colectiva sectorial en general. La Ley 35/10 modificó la redacción inicial de la DA 1ª del RDL 10/2010, para incluir bajo la rúbrica “Negociación colectiva y modalidades contractuales” concretas estipulaciones referidas a aquella modalidad contractual con la finalidad de mantener sus especialidades y garantizar al mismo tiempo las superiores condiciones establecidas en relación al nuevo redactado del art. 15, a) ET²⁶⁰.

La citada disp. adic. 1ª 1 establece: «lo dispuesto en el artículo 15, apartado 1.a), del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada al mismo por esta Ley, se entiende sin perjuicio de lo que establecen actualmente los convenios colectivos sectoriales sobre la duración máxima del contrato por obra o servicio determinados», lo que no expresa con claridad si se aplica al contrato fijo de obra la regulación del art. 15, 1 ET. Interpreto que así debe entenderse, lo que obligará a determinar el momento hasta el cual seguirá observándose esa duración máxima convencional en tanto el convenio mantenga su vigencia. Del mismo modo aquella regulación permitiría celebrar contratos de duración mayor siempre que tal posibilidad se incorpore al contenido de un futuro convenio colectivo de ámbito estatal.

4. Aplicación del límite temporal en los contratos suscritos en la Administración pública: Excepciones.

Se regula en la DA 15 del ET extendiendo el límite contractual a las Administraciones Públicas y sus organismos dependientes, en las que existe una importante “bolsa de temporalidad” y también de fraude contractual. No obstante no generaliza las limitaciones contractuales, en tanto que el contrato que incurriera en fraude no deviene fijo y se extenderá hasta la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo, pues para el acceso a la función pública rigen los principios de mérito y capacidad que exigen la superación del proceso selectivo establecido. Asume el precepto la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la conversión del contrato en “indefinido no fijo” hasta la cobertura legal del puesto, en que se extingue sin derecho a indemnización²⁶¹, en lo que se ha considerado que facilita la instauración en el fraude en la contratación administrativa.

De acuerdo con la redacción que pasa a tener la disp. adic. 15ª.2 ET, la referida duración máxima «no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades (art. 48, 1), o en cualesquiera otras normas

²⁶⁰ LUJÁN ALCARAZ, J. “El contrato fijo de obra en el sector de la construcción en la reforma laboral de 2010”. Aranzadi Social 12/2010, mantiene la insuficiencia de la habilitación de la DA 1, 2 de la Ley 35/2010 hace a favor de la negociación colectiva sectorial para despejar las dudas relativas a la afectación del contrato fijo de obra por lo dispuesto en el art. 15, 5 ET.

²⁶¹ Por todas SSTS 7-10-1996 (RJ 1996, 7492), 20-01-1998, rec. 317/97, RJ 1998, 1000 y 21-01-1998 (RJ 1998, 1138), figura recogida por el art. 11,1 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007 de 12 de abril.

con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años»²⁶². Tales contratos serán temporales con independencia de su duración, extinguiéndose con la realización del proyecto específico. La previsión de contratación de personal investigador, técnico u otro personal a través del contrato por obra o servicio determinado se remite totalmente a la regulación del art. 15, 1 a) ET²⁶³.

Destacar que una de las particularidades de la nueva regulación en relación con el redactado introducido en el art. 15, 1 ET es que el límite temporal está vinculado a la realización de la obra o servicio contratado y en el mismo puesto de trabajo, no pudiendo hacerse valer la nueva temporalidad cuando el contrato, bien es fraudulento por tener por objeto la realización de una obra o servicio distinta a la contratada o una actividad permanente en la empresa. La vinculación del contrato al puesto de trabajo comporta la imposibilidad de limitación temporal cuando exista continuidad en la prestación de servicios en otros puestos de trabajo.

Pero no resuelve la reforma las dudas y controversias que plantea su aplicación, en cuanto a la acreditación de los requisitos de autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, ni aporta ninguna luz en la delimitación del contrato, lo que no contribuirá a despejar la diversidad de interpretaciones judiciales y la litigiosidad surgida en relación a aplicación de la modalidad contractual.

5. Ampliación del límite temporal por la negociación colectiva.

Señalar por último que, junto a las amplias facultades a la negociación colectiva, tanto sectorial en cualquier ámbito como de empresa para establecer las tareas a cubrir con contratos por obra o servicio, se acota a la negociación sectorial estatal o inferior la facultad para establecer la ampliación de la duración máxima a 4 años.

Destacar la diferencia con la contratación eventual, donde la dispositivización se reserva la facultad de modificar su duración o período de referencia tan sólo a los convenios sectoriales²⁶⁴. Existiendo un convenio sectorial estatal que determine el límite temporal no podrá venir afectado por convenio sectorial inferior, en aplicación de las reglas de concurrencia previstas en el art. 84 ET. Tampoco podrá si el convenio sectorial estatal decide no regularlo, habiéndose negado también la posibilidad de delegación por el convenio estatal a la negociación colectiva sectorial inferior, dado el

²⁶² Especialmente crítico con la excepción que consagra la reforma y sobre el tratamiento discriminatorio que introduce vid MOLINA NAVARRETE, C. “Un nuevo acto del “gran teatro” de la reforma laboral 2010: una reforma para reformar o de la “galería de los disparates”. RTSS CEF 221, 2010, págs. 82.

²⁶³ Sobre dichas modalidades contractuales vid. MORENO GENÉ, J.: “Clasificación contractual y figuras contractuales”. En MORENO GENÉ, J. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L: “La negociación colectiva del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas”. Tirant lo Blanch. Valencia 2010, págs. 177 y ss. Y MORENO GENÉ, J. “La actividad investigadora y la contratación laboral: una constante relación de desencuentros. Tirant lo Blanch. Valencia 2005, págs. 356 y ss. En cuanto a la incidencia de la nueva regulación en aquellos colectivos, vid. MORENO GENÉ, J., en “Afectaciones de la reforma...”

²⁶⁴ En todo caso no cabe establecer una interpretación amplia que posibilite en todo caso a los convenios de ámbito inferior al sectorial estatal incidir en la contratación, pues ello operará sólo cuando no exista convenio sectorial estatal, debiendo descartarse que pueda efectuarse a través de la negociación colectiva extraestatutaria. Vid. CAMPS RUIZ, L.M. “La reforma de la contratación temporal” VVAA “La reforma laboral en el Real Decreto Ley 10/2010. Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 191, pág. 22.

carácter de derecho necesario absoluto que se viene atribuyendo a las previsiones del art. 84 ET²⁶⁵.

Las facultades otorgadas a la negociación colectiva obviamente no se sustraen al control judicial, no sólo en lo referido a la identificación de la obra o servicio, sino a cualesquiera cláusulas que excedan del mandato conferido²⁶⁶.

V.- LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE FIJO POR CONTRATOS TEMPORALES SUCESIVOS: MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL ARTÍCULO 15,5 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

1. Los límites a la sucesión de contratos temporales en la Ley 35/2010.

La introducción de aquella posibilidad en el artículo 15 ET apartado 5 se retrotrae a la Ley 12/2001 y su redacción a las adaptaciones introducidas por la Ley 43/2006. Responde a la necesidad de dar cumplimiento a la Directiva 1999/70/CE de 29 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, UNICE y CEEP, que mantienen que la contratación indefinida es la forma general de la contratación de los trabajadores y establecen límites a la contratación de duración determinada²⁶⁷, partiendo del principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos.

La Directiva obliga a los Estados miembros a introducir medidas dirigidas a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada, exigiendo la concurrencia de razones objetivas para la renovación de los contratos, duración máxima total de los contratos sucesivos, el número de renovaciones de los contratos y las condiciones en que los contratos de duración determinada se considerarán sucesivos y concertados a tiempo indefinido²⁶⁸.

La redacción actual del apartado 5 es del tenor literal siguiente:

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos

²⁶⁵ Sobre la cuestión vid. BLASCO PELLICER, A. “La duración máxima del contrato por obra o servicio determinado”, (laleydigital.es) Págs. 6 a 8/15.

²⁶⁶ Al respecto vid. STS 11-04-2006, RJ 2006, 2393), STS 7-03-2003 (RJ 2003, 4499).

²⁶⁷ La preferencia por la contratación indefinida también ha merecido el refrendo del TJCEE, entre otras la Sentencia de 23-04-2009m C.380/2007 (Angelidake – TJCE 2009, 94) y Mangold c Helm C.144/04(TJCE, 2005, 341).

²⁶⁸ En cuanto a la exigencia de aquellos límites vid. SS TSJCE C 212/2004, de 4 de julio de 2006 (Adeneler) y C-268/2006 de 15-04-2008 (Impact). Sobre las medidas contenidas en la Directiva 70/99/CE contra los abusos en la sucesión de contratos temporales, también en el ordenamiento Italiano, vid. Cairoli, S. “La “anomalía española en la contratación temporal: un análisis desde una perspectiva italiana”. Aranzadi Social 18/2011, págs. 19 a 24.

Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.

Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado”.

Como en la redacción de la Ley 43/2006²⁶⁹ se mantiene la adquisición de fijeza con las mismas referencias temporales: cuando se haya prestado servicios durante un plazo superior a 24 meses en un periodo de 30 meses, pero se introducen como importantes aportaciones:

1.- A efectos del cómputo de los contratos encadenados podrán referirse no solo al mismo puesto de trabajo sino también a diferentes puestos de trabajo, independientemente de las funciones realizadas por el trabajador.

Ha sido considerada la principal aportación del reformado precepto, que viene a solventar las dudas de la doctrina y a confirmar la aplicación por los tribunales de una amplia noción de puesto de trabajo, comprensivo de aquellos de la categoría o grupo profesional del trabajador, ex. arts. 22 – 39 ET. No obstante no se introducen límites dirigidos a impedir la cobertura de los mismos puestos con contratos temporales, sin que la negociación colectiva pueda garantizar en todo caso aquella abusiva utilización, pese a ser requerida a tal efecto, pudiendo provocar el que computen los contratos en distintos puestos de trabajo el indeseable efecto de ocupar rotativamente a distintos trabajadores en un mismo puesto²⁷⁰.

2.- Los servicios contratados pueden haber sido prestados en la misma empresa o grupo de empresas, lo cual venía vedado en la anterior redacción, y había sido confirmado en algún pronunciamiento judicial²⁷¹.

²⁶⁹ Como pone de relieve LAHERA FORTEZA, J. en “La reforma de la contratación laboral”, laleydigital.es, cit. págs. 12 y 13 de 43, en la estructura de la Ley 43/2006 la suma de los elementos subjetivo, contractual, objetivo y temporal comportaba la conversión automática del trabajador en fijo, pero el principal problema residía en la determinación del elemento objetivo al venir referido exclusivamente a contratos temporales en la misma empresa y puesto de trabajo.

²⁷⁰ Sobre la exigencia de un control y la propuesta de sanción de nulidad de la extinción contractual vid TOSCANI GIMÉNEZ, D. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “La reforma laboral...”, cit. págs. 38.

²⁷¹ Vid Sentencia Audiencia Nacional 8/2010 de 12-02-2010. recurso 253/2010.

Considero que ninguna duda admitiría el considerado “grupo patológico”²⁷², es decir, cuando aparece un empresario único conformado por distintas sociedades, y concurren los denominados “elementos adicionales” que conducen a la aplicación de lo dispuesto en el art. 1, 2 ET, pues en otro caso no se estaría introduciendo novedad alguna²⁷³. Pero la previsión legal va dirigida a vedar el encadenamiento también en los grupos cuyo funcionamiento se ajusta a la legalidad, así aquellos definidos en el art. 18 de la Ley de Sociedades de Capital con referencia al art. 42 del Código de Comercio²⁷⁴.

3.- El trabajador debe haber sido contratado por dos o más contratos, sea por contratación directa o a través de contratos de puesta a disposición, como ya previó la Ley 43/2006, control indispensable a la vista del amplio espacio de actuación que el art. 17 de la Ley 35/2010 otorga a dichas empresas, que ya genera un evidente riesgo de que afecte a trabajos que puedan considerarse estables y dar lugar a contrataciones indefinidas.

4.- Se mantiene la excepción al encadenamiento de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los que se añaden los temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación y los realizados con empresas de inserción a tal objeto. La exclusión de los contratos de interinidad y formativos fomenta asimismo la temporalidad, pudiendo anunciarse un desplazamiento a estas modalidades de supuestos que pueden tener en ellas un muy discutible encaje²⁷⁵.

5.- Se aplica a los supuestos de sucesión o subrogación empresarial, tanto legal (Art. 44 el ET) como convencional, lo cual no había planteado excesivos problemas interpretativos por el tenor del precepto estatutario. Al quedar incluidas las subrogaciones convencionales, vinculadas a contratos, el problema residirá en el cómputo en uno o varios contratos²⁷⁶.

2. La aplicación a la Administración Pública del encadenamiento de contratos.

Como ya se ha indicado al tratar de las modificaciones introducidas en el contrato por obra o servicio la aplicación del art. 15, 5 a las Administraciones Públicas tiene importantes especialidades. Merece rechazo el mantenimiento de la situación de

²⁷² El Tribunal Supremo en sentencia de 10 de junio de 2008 (Rec. 139/2005), mantiene la vigencia de la doctrina contenida en la sentencia de 27 de enero de 1998, recordada por la de 21 de diciembre de 2000 rec. 4383/1999) que, sobre la responsabilidad del grupo empresarial. Sobre los elementos para la determinación de la existencia de un “grupo patológico”, vid. por todas STSJ Cataluña nº 1237/2009 de 12 de febrero y doctrina que recoge.

²⁷³ CAMPS RUÍZ, L.M. y GOERLICH PESET, J.M. en VVAA “La reforma laboral en el Real Decreto Ley 10’/2010” Tirant lo Blanch. Colección laboral 191, págs. 35 – 54.

²⁷⁴ No es pacífica la doctrina al respecto., considerando un importante sector doctrina que deben concurrir los elementos caracterizadores del “grupo laboral” acuñados por la jurisprudencia: SEMPERE NAVARRO, M.V. en “Limitaciones a la contratación temporal en el modificado art. 15, 5 ET”.

²⁷⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. en “La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo”, cit. pág. 10 alerta de ello en tanto puede generar un incremento de la temporalidad, poniendo de manifiesto que, junto a las medidas que pretenden hacer “más atractivos para empresas y trabajadores los contratos formativos”, incidirá en las decisiones empresariales de no optar por la modalidad contractual ordinaria.

²⁷⁶ En opinión de LAHERA FORTEZA, J. en “La reforma de la contratación laboral”, cit. pág. 14, de 43, cabría entender que por cada contrata se suscribe un contrato de obra y que los cambios de contratistas originan encadenamiento de estos contratos sujetos al límite temporal más ventajoso de dos años y medio, frente al de los contratos de obra de 3-4 años.

privilegio de las Administraciones Públicas y organismos vinculados y dependientes que otorga la Disposición Adicional 15ª del ET, al acotar su aplicación al concreto ámbito de cada una de las Administraciones Públicas, excluyendo la administración institucional e ignorando el concepto de “grupo de empresa” que aplica con carácter general. También la excluye a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de Ley. Con razón se ha afirmado que aquellas especialidades suscitan dudas sobre el acomodo a la Directiva 99/70/CE²⁷⁷, pues si bien admite singularidades en el sector público, también obliga a introducir instrumentos que eviten abusos en la utilización sucesiva de los contratos²⁷⁸.

De otra parte, la exclusión de los contratos de interinidad de la concatenación contractual fomenta especialmente la continuidad de la utilización de dicha modalidad por las administraciones públicas.

3. Cómputo y cálculo de la duración de los contratos encadenados.

La determinación de los contratos para la adquisición de fijeza será una cuestión no exenta de conflictos, dado que exige establecer el itinerario contractual del trabajador y proyectarlo en los períodos de vigencia de las sucesivas normas por las que se instaura. Los contratos computables serán los no excluidos por la norma y suscritos desde la entrada en vigor del RD Ley 10/2010, esto es, desde el 18 de junio de 2010 Disposición transitoria 2ª de la Ley 35/2010, más los concertados a tenor de la anterior normativa vigente.

Ello supone computar de una parte a los contratos no excluidos que el trabajador hubiere concertado con la empresa contratante en el período invariado de referencia para cubrir el mismo puesto de trabajo, más los períodos contractuales posteriores a 18-06-2010 en la empresa o empresas del grupo en el mismo o distintos puestos de trabajo. Los contratos no vigentes a 18-06-2010 computarán a tenor de la normativa vigente en la fecha en que se concertaron, a los que resulta de aplicación la precedente redacción del art. 15.5 ET, conforme establece la Disposición transitoria primera de la Ley 35/2010 y a los vigentes en esa fecha se aplicarán las normas de cómputo de la nueva normativa.

Por tanto respecto al encadenamiento de contratos temporales anteriores al 18 de junio de 2010, se tiene en cuenta el contrato que estuviera vigente a 15 de junio de 2006 y desde esa fecha se computan los plazos, debiendo existir otro contrato posterior, pues se exige que el vínculo se haya mantenido por dos o más contratos²⁷⁹. A los posteriores a 18 de junio de 2010 se toma en consideración el contrato vigente a esa fecha y desde entonces el número de contratos y el período de prestación en el período de cómputo (24 meses en el período de 30 meses), conforme dispone la disposición transitoria 2ª párrafo 1º de la Ley 35/2010.

²⁷⁷ Como afirma GÁRATE CASTRO, J. EN “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral.....”, pág. 7 de 21 (laleydigital.es), considera que la nueva disposición adicional 5ª introduce en la aplicación a las Administraciones Públicas, “significativas especialidades que dulcifican hasta hacerla raquílica

²⁷⁸ LAHERA FORTEZA, J. : “ La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo del sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria”. Relaciones Laborales 2007, nº 10/2007, págs. 39-45.

²⁷⁹ Sobre el modo de efectuar tal cómputo vid. SSTS 19-07-2010, rec. 3655/2009 y de 9-12-2010, recurso 321/2010.

A los efectos de adquirir la fijeza computa la duración de los contratos temporales por obra o servicio y eventuales, sin distinción de que lo sean a tiempo completo o parcial y, en éste último supuesto no parece posible proceder una reducción del período de prestación de servicios en su proyección a la jornada realizada a efectos de cómputo.

Señalar por último, como ya se puso de relieve respecto al contrato de obra, la obligación del empresario, cuando el trabajador se convierta en fijo por sobrepasar el plazo límite de los contratos de obra o servicio determinados o del encadenamiento de contratos temporales, de facilitar por escrito al trabajador en los 10 días siguientes al cumplimiento de estos plazos un documento justificativo de la nueva condición de trabajador fijo (Art. 15.9 del ET).

Reiterar que las anteriores estipulaciones en nada afectan a la presunción contenida en el art. 15, 3 ET cuando los contratos se hubieren celebrado en fraude de ley, bien de inicio utilizando una modalidad contractual para cubrir una necesidad permanente, bien cuando con posterioridad al válido contrato temporal se producen irregularidades que convierten en fraudulenta la contratación. La apreciación de la contratación fraudulenta, su delimitación y efectos están planteando continuos litigios, suscitando muy interesantes cuestiones jurídicas, que exceden del contenido de esta ponencia.

4. Limitación de la contratación laboral sucesiva por la negociación colectiva.

Se mandata a los convenios colectivos en el art. 15,5, 2º pf. que establezcan requisitos para prevenir la utilización abusiva de los contratos de duración determinada con distintos trabajadores.

Al margen de ello la negociación colectiva puede mejorar lo dispuesto en el art. 15,5 ET, bien reduciendo el número de meses de contratación sucesiva exigido por la norma estatutaria, bien ampliando el período dentro del cual se ha de cumplir con la carencia en la contratación.

Dicha facultad no comporta que la normativa estatutaria sea disponible por la negociación colectiva, pues no cabría excluir o restringir el acceso a la condición de fijeza ni establecer relación contractual distinta, estableciéndose habitualmente relaciones de complementariedad sobre la base de la regulación contenida en el art. 15, 1 b) ET y el punto 5 del precepto.²⁸⁰

VI.- LA EFÍMERA VIGENCIA DE LAS MEDIDAS CONTRA EL FRAUDE EN LA UTILIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL: LA SUSPENSIÓN DE LA VIGENCIA DEL ARTÍCULO 15,5 ET POR EL REAL DECRETO LEY 10/2011 DE 26 DE AGOSTO.

²⁸⁰ Vid. En torno a esa posibilidad la STS 3-11-2008 y el comentario de la misma en SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “Contratación laboral sucesiva y declaración de fijeza de la relación laboral ex. Artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores. Incidencia de la reforma laboral de 2010. Temas Laborales núm. 106/2010, págs. 225 243.

Pues bien, a un año escaso de vigencia, con el carácter de urgencia que ha venido acompañando a las reformas laborales, la Ley 35/2010 se modifica, entre otras normas, con la declarada finalidad de promover el empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten la prestación por desempleo.

Y entre las medidas que afectan a la contratación y que el legislador considera que contribuyen al objetivo de fomento de estabilidad en el empleo, se incluye la suspensión, durante un plazo de dos años, de la regla contenida en el artículo 15, 5 ET que hemos analizado, introducida en 2006 con la finalidad de favorecer la estabilidad en el empleo y que la Ley 35/2010 mantiene introduciendo las modificaciones también analizadas, y que da lugar a la adquisición de la condición de fijeza por encadenamiento de contratos temporales.

Indica la exposición de motivos del RDL 10/2011 que aquella previsión, establecida en 2006 “durante un momento de expansión económica para favorecer la estabilidad en el empleo, *“En la actual coyuntura, la regla, lejos de fomentar la contratación indefinida, puede estar produciendo efectos indeseados de no renovación de contratos temporales y afectando negativamente al mantenimiento del empleo, lo que aconseja su suspensión temporal”*”.

De ese modo se pretende que la conversión de los contratos temporales en indefinidos, -de fomento de la contratación indefinida-, se lleve a cabo por voluntad de las partes y no por imposición legal. Así, se conceden nuevos plazos para la conversión de contratos temporales en contratos de fomento de la contratación indefinida, al apreciarse una *“ralentización en el ritmo de celebración de esta modalidad de contratación”* junto a un menor peso de los contratos indefinidos dentro del volumen de la contratación.

Con ello se reconoce de modo expreso que la consecución de la rescatada denominación de “contratación estable” se opone a la adquisición de fijeza a través de la acumulación de períodos de contratación. Se justifica la regla relativa al encadenamiento de contratos temporales *“en evitar efectos indeseados de no renovación de contratos temporales y en favorecer el mantenimiento del empleo”*. En suma, la adquisición de fijeza, que es una de las principales manifestaciones de la estabilidad en el empleo, se asocia al descenso de la contratación y al incremento del desempleo.

La suspensión se produce de modo alevoso, en período vacacional y con inmediata vigencia –el 31 de agosto de 2011-, truncando las expectativas de estabilidad contractual de aquellos trabajadores que han podido acumular hasta la fecha, en aquellas denominadas épocas de expansión económica, períodos de contratación que permitirían adquirir la condición de fijeza.

La medida de suspensión temporal de la aplicación del artículo 15,5 ET se incluye en el artículo 5 del capítulo II del RD Ley 10/2011, entre las medidas de fomento a la contratación, seguidamente a la ampliación de los plazos de conversión de contratos temporales en contratos de fomento a la contratación indefinida, precepto que es del siguiente tenor:

“Se suspende, durante el periodo de los dos años siguientes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, la aplicación de lo dispuesto en el art. 15.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”.

Como se ha indicado en apartados precedentes la introducción de límites al encadenamiento de contratos en el art. 15,5 ET se llevó a cabo a partir de la Ley 12/2001 y, especialmente, por Ley 43/2006, y su finalidad fue la adaptación de la Directiva 1999/70/CE de 20 de junio, que exigía el establecimiento de límites a la contratación de duración determinada, finalidad presidida por la consecución de la igualdad de trato de trabajadores temporales e indefinidos.

Ninguna referencia contiene el RD 10/2011 a la Directiva comunitaria, que como se ha indicado, obliga a los Estados miembros a prevenir la utilización abusiva de los contratos de duración determinada, exigiendo razones objetivas para su renovación, la fijación de la duración máxima de los contratos sucesivos, la limitación del número de renovaciones y las condiciones en que por la sucesiva acumulación se entenderán concertados a tiempo indefinido. Posiblemente la innovadora medida de “suspensión temporal” venga motivada por la convicción del legislador de que la supresión de la medida resultaría contraria a la normativa comunitaria.

La supresión del referido criterio objetivo de adquisición de fijeza se opone frontalmente a las previsiones de la Directiva Comunitaria y dará lugar a un incremento de las reclamaciones dirigidas a establecer la naturaleza fraudulenta del encadenamiento de contratos, produciéndose un indeseable incremento de la litigiosidad, pues en modo alguno puede extenderse aquella suspensión a la valoración de la concurrencia del obligado elemento de causalidad que debe presidir la celebración y renovación de contratos temporales.

VII.- NUEVO RÉGIMEN INDEMNIZATORIO POR EXTINCIÓN DE CONTRATOS DE TRABAJO TEMPORALES (ARTÍCULOS 49, 1 C) – DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMOTERCERA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES).

El art. 49, 1 c) ET contempla el aumento de la indemnización por fin del contrato de trabajo eventual o del contrato de obra o servicio determinado de 8 días de salario por año de servicio a 12 días. El incremento de la indemnización se aplicará de modo gradual conforme a un calendario que va de 8 días hasta el 31 de diciembre de 2011 a 12 días a partir del 1 de enero de 2015, con un incremento de día por año durante este periodo transitorio.

Dicha regulación, contenida en la DA 13 ET, forma parte de las medidas de penalización de la contratación temporal y su extinción²⁸¹, comporta un incremento indemnizatorio gradual y moderado, que alcanzará en 2015 a la cuantía a indemnizatoria a cargo de las empresas de menos de 25 trabajadores que extingan los contratos de trabajo en aplicación de los arts. 51, 52 c) ET y 64 de la Ley 22/2003, convergiendo con los costes extintivos de los trabajadores temporales y fijos,

²⁸¹ Vid. GÁRATE CASTRO, J. “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral...”, cit. págs. 9-10.

desincentivando con ello la opción por las modalidades contractuales temporales y permitiendo a las empresas optar, en teoría con la misma indemnización, entre ambas modalidades contractuales.

La convergencia entre las indemnizaciones de trabajadores fijos y temporales en 12 días de salario por año de servicio, convivirá con la prevista constitución de un fondo de capitalización en los contratos indefinidos, que descarga costes para las empresas manteniendo la compensación económica al despido, medida que se ha considerado efectiva para romper la dualidad de nuestro mercado de trabajo²⁸².

Destacar que si bien ha sido felicitada esa aplicación gradual, por la incidencia de su inmediata aplicación sobre la creación de empleo²⁸³, en la implantación de otras medidas que afectan al trabajador no se ha tenido tal deferencia y que se han aplicado de forma inmediata.

En todo caso, la exigua cuantía de la indemnización y su entrada en vigor gradual, no parece vaya a tener incidencia importante para frenar la temporalidad.

VIII.- CONSIDERACIONES FINALES.

La reforma de la contratación contenida en la Ley 35/2010 respondió a la reacción del legislador frente a la progresiva pérdida de empleo, adoptada en el contexto de la crisis financiera y económica global en la que nos hallamos inmersos, común a los países de nuestro entorno y en particular de la Unión Europea. Se sitúa a principios del año 2008 y presenta un comportamiento especial en nuestro mercado de trabajo, caracterizado por la importante destrucción de empleo que se produce en épocas de crisis.

La actuación legislativa a partir del RD Ley 10/2010 no contiene una firme apuesta por la recuperación de la causalidad de la contratación temporal y, por el contrario, se pretende facilitar la flexibilidad de salida, abaratando el despido y desprendiéndolo de cargas formales precedentes. Los propósitos e intentos de las reformas analizadas, no se han materializado en la instauración de una mayor estabilidad en el empleo, no habiendo conseguido reducir sustancialmente los índices de contratación temporal ni de desempleo.

Aunque individualmente merezca una valoración positiva la adopción de alguna de las medidas dirigidas a desincentivar el uso de la contratación temporal, como la limitación de la duración del contrato o la mejora indemnizatoria, en tanto contribuyen a la estabilidad contractual, siguen compitiendo con el mantenimiento de aquellas que más han contribuido a generalizarla, como la posibilidad de utilizar las modalidades contractuales por empresas de trabajo temporal o vincularlas a la duración de las contrataciones. Es especialmente criticable el mantenimiento del trato desigual de otros colectivos, como el personal de la administración pública o el personal investigador, sin suficiente justificación.

²⁸² LAHERA FORTEZA, J. “La reforma de la contratación laboral”, cit. pág. 20.

²⁸³ DEL REY GUANTER - MORENO PIÑERO, FERNANDO en “Informe de Urgencia sobre la nueva Ley de Reforma Laboral”, cit.

No hay freno al desempleo ni al empleo temporal: la tasa de paro en 2010 fue del 20,33%, cifra que a final del tercer trimestre de 2011 asciende al 21,52% de la población, rozando los cinco millones de parados (4.978.300 parados en octubre de 2010).

El porcentaje de contratos indefinidos no llega al 10% y de los contratos a jornada completa la mayoría son temporales con una instaurada preferencia por las modalidades temporales de obra o servicio y eventuales, destacando el incremento de los contratos de obra. Se constata por tanto que las medidas adoptadas no han contribuido a crear empleo, aunque, muy probablemente, ello no era posible en el actual contexto económico.

Se teoriza peligrosamente sobre la necesidad de replantear en su totalidad el sistema de relaciones laborales, sosteniendo la desaparición en las relaciones sociales de vínculos constantes ante la aparición de meros “proyectos con vocación temporal”. Se da por hecho que una parte importante de la denominada “fuerza de trabajo” es y será de carácter discontinuo y precario y, en ese contexto, el trabajo temporal es una circunstancia a la que debe darse una respuesta legal que facilite su utilización sin las actuales cortapisas.

No debe sorprender por ello que ante aquella situación se vuelva a apuntar a la regulación de la contratación laboral como un freno al empleo y se “congelen” en el tiempo aquellas de las reformas introducidas que comportaban una mayor estabilidad contractual, aún en contra de incumplir con los mandatos de la normativa comunitaria. La llamada a la estabilidad contenida en el RDL 10/2010 se convierte en la denuncia a determinadas opciones dirigidas a dicho objetivo en el RDL 10/2011.

Deben cuestionarse aquellos remedios, que se plantean como imprescindibles en tiempos de crisis, demostrando el rechazo a que vuelva a instaurarse en el ordenamiento laboral un modelo de contratación laboral anclado en la contratación temporal, progresivamente desprovista de límites y garantías, que conviviendo con un contrato indefinido también aligerado de costes económicos, bonificado y con indemnizaciones minoradas y asumidas en importante cuantía por el Fondo de Garantía Salarial u organismo de garantía alternativo.

Nos esperan reformas laborales con vocación de permanencia, que muy posiblemente darán lugar a la eliminación de la provisionalidad de las medidas adoptadas. Si continúan apostando por la descausalización de la contratación temporal, a través de la eliminación de sus tradicionales límites, y a facilitar la “flexibilidad de salida”, posiblemente tales medidas contribuyan a que alcancen los objetivos impuestos por los poderes económico-financieros. Pero es mucho más dudoso que consigan generar empleo cualificado y es indudable que hipotecarán el progreso de las próximas generaciones.

EL FOMENTO INESTABLE DE LA CONTRATACIÓN LABORAL ESTABLE

Pilar Rivas Vallejo
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de Barcelona

1. La dualidad de la contratación laboral, una realidad instaurada en Europa. 2. La reforma del mercado de trabajo de 2010. Contexto y objetivos perseguidos. 3. La continuación de la reforma en 2011: la hora de la contratación a tiempo parcial estable. El contrato a tiempo parcial para desempleados jóvenes y el empleo sostenible. 3.1. El contrato a tiempo parcial para desempleados jóvenes. 3.2. El empleo sostenible. El gran ausente en la reforma. 4. El ámbito subjetivo del fomento de la contratación por tiempo indefinido: los colectivos “marginales” para el mercado de trabajo y el fomento de la desigualdad. 4.1. Desempleo discriminatorio y fomento de la contratación estable. ¿Por qué llamar “fomento” al “sacrificio”? 4.2. Personas con discapacidad. 4.3. Mujeres. 4.4. Edades de riesgo: jóvenes y mayores. 4.5. Recientes desempleados. 4.5. Temporeros permanentes y neodesempleados. 4.6. Conversiones desde contrataciones temporales. 5. Ámbito de aplicación objetivo y temporal del fomento de la estabilidad en el empleo: límites a la garantía de estabilidad. 5.1. Fórmulas de estabilización: conversiones legales y contrataciones. 5.2. Las conversiones automáticas: exclusiones. 5.3. Las transformaciones y nuevas contrataciones por tiempo indefinido. 5.4. Límites temporales de las reglas de estabilización. 6. Límites a la utilización empresarial del contrato de fomento de la contratación indefinida. 7. Las ventajas empresariales en la extinción del contrato por tiempo indefinido. 7.1. Abaratamiento. 7.2. Reconocimiento empresarial de improcedencia. 7.3. Carga de la prueba y despido exprés. 8. Incentivos para el fomento de la contratación por tiempo indefinido. 8.1. Incentivos en la Ley 35/2010 y en el RD ley 1/2011: bonificaciones y reducciones en las cotizaciones. 8.2. Beneficiarios de las bonificaciones y requisitos para su aplicación. 8.3. Colectivos acogidos a las bonificaciones. 9. Conclusiones finales.

NOTA: Trabajo cerrado a 8 de marzo de 2011, y actualizado a efectos de su publicación durante el mes de noviembre de 2011.

1. La dualidad de la contratación laboral, una realidad instaurada en Europa.

La Comisión Europea ha sido consciente, desde hace décadas, del riesgo de la extensión incontrolada de la contratación temporal para la estabilidad del empleo y cuantos beneficios conlleva ésta para la calidad del trabajo. Por ello, el creciente auge del trabajo temporal en Europa, a partir del año 1978, motivó los primeros intentos de regulación del mismo, a través de las Resoluciones del Consejo de las Comunidades Europeas, de 18 de diciembre de 1979, que propone una acción comunitaria para controlar el trabajo temporal, y del Parlamento de 17 de septiembre de 1981. Aunque la primera reglamentación comunitaria no llegó hasta la propuesta de Directiva Comisión de las Comunidades Europeas, de 1982 (CEE, DOCE núm. C 128/2, de 19 de mayo de

1982), que, tras su revisión, fue de nuevo presentada, en 1984 (CEE. DOCE núm. C 133/1, de 21 de mayo de 1984) al Consejo de Ministros, y de nuevo revisada en 1986 (Official Journal, C 133, 21 de mayo de 1986). Rescatado el interés por la cuestión en los años 90, el empleo atípico fue objeto de tres proposiciones de Directivas, sobre contratos de duración determinada, trabajo temporal, trabajo de temporada y empleo a tiempo parcial, en las que, entre otras cuestiones, se proponía la fijación de un límite máximo a la contratación temporal de tres años.

Por su parte, la política de flexibilización del mercado de trabajo aparece por primera vez en las Resoluciones del Consejo de 27 de junio de 1980 (*Orientaciones para una política comunitaria del mercado de trabajo*), 12 de julio de 1982 (*Acción comunitaria para combatir el paro*), 22 de diciembre de 1986 (*Acción para incrementar el empleo*), y años más tarde en el *Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo* que la Comisión llevó a cabo el 5 de diciembre de 1993.

Mientras, en todos los Estados de la entonces Comunidad Europea se aprobaban medidas legislativas tendentes al fomento del empleo basadas en la contratación temporal, identificando ya de forma invariable el tándem citado y vinculándolo permanentemente a la política de empleo. Este fue el caso de la más temprana legislación francesa, donde la dualidad entre la contratación temporal y la estable se introduce ya en los años 70, en particular en la Ley de 2 de enero de 1979, sin embargo sin resultados positivos para el empleo (o la mejora de la tasa de desempleo), mientras éste se precarizaba y se extremaban las diferencias entre el colectivo estable (que contó con convenios colectivos *defensivos*) y el temporal²⁸⁴. A la que siguieron las *Leyes Auroux* de 1982, por las que se reformaba la regulación del contrato de duración determinada (arts. L 122-1 y ss. del Código de Trabajo) y del trabajo temporal de la *Ley de trabajo temporal* (arts. L 124-1 y ss. del Código de Trabajo), en una línea intervencionista dirigida a atajar al desempleo, pero precursoramente flexible en las formas de intermediación en la contratación (autorizando incluso las empresas de trabajo temporal). Lo que no impide tampoco dar entrada a la conocida fórmula coyuntural del contrato de fomento del empleo para desempleados (Decreto de 3 de abril de 1985) y para formación de jóvenes, ni abrir la contratación temporal a nuevas causas, acompañadas de la admisión de prórrogas. La reorientación de esta línea flexibilizadora tiene lugar de la mano de las tesis neoliberalistas de Jacques Chirac²⁸⁵, en las que se inscribe el programa de flexibilización laboral iniciado con la modificación de la Ordenanza de 1982 por la n° 86-948, de 11 de agosto de 1986, que reafirma el principio de que la forma normal y típica de contratación laboral es la de duración indefinida, al tiempo que facilita y amplía el recurso a la contratación temporal. Lo que no sirvió para reducir el desempleo, sino al contrario, creciendo hasta un 15,4% en el año 1987, y para extender el uso de la temporalidad como periodo de prueba, siguiendo el modelo alemán. A partir de la ley núm. 90/613, de 12 de julio de 1990, *por la que se favorece la estabilidad en el empleo mediante la adaptación del régimen de contratos*

²⁸⁴ Vid. PETIT, P.: "Francia", en la obra *La flexibilidad del trabajo en Europa. Estudio comparativo de las transformaciones del trabajo asalariado en siete países, entre 1973 y 1985*, dirigida por Robert BOYER.

²⁸⁵ Sin embargo, antes del cambio de gobierno, siendo ocupado todavía éste por el partido socialista, ya se articuló la flexibilización de la ordenanza de 1982, reconociendo desde la ley lo que había sido aceptado por los sindicatos: la importancia y necesidad de formas flexibles de trabajo, como mecanismo garantizador de un cierto nivel de empleo. La estrategia se reorienta ahora al control de las formas abusivas de aquéllas.

*precarios*²⁸⁶, el interés por la flexibilidad interna y el freno al uso incontrolado de la contratación temporal (junto con el fomento de la conversión en empleos por tiempo indefinido) se incorpora a la legislación francesa, en la misma línea que la española Ley 63/1997 o las italianas Ley 56/1987, sobre organización del mercado de trabajo, y Ley 223/1991, de 27 de julio (en un intercambio de endurecimiento del despido por flexibilidad interna confiado a los sindicatos y una apuesta por la negociación colectiva, que hizo un uso intensivo, igual que los españoles, de las autorizaciones legales en la contratación temporal), en una clara apuesta por la flexibilidad interna y la contención de la externa, con incorporación del conocido mecanismo de la conversión legal automática del contrato celebrado en fraude de ley en empleo estable (previa declaración del *Conseil des Prud'hommes*). No puede decirse lo mismo respecto del empleo de los jóvenes (preocupante situación en todos los países vecinos, que acometieron iguales proyectos de inserción laboral de los jóvenes), cuyo fomento mediante programas de empleo-formación y de inserción profesional fue favorecido con fórmulas de excesiva flexibilidad externa y de carácter totalmente *precarizante*, basadas en considerarlas un mal menor preferible al subempleo.

Y también el de la *Ley alemana de 26 de abril de 1985, de Fomento del Empleo (Beschäftigungsförderungsgesetz)*²⁸⁷, donde ya se encuentra presente la fragmentación del empleo en empleos estables y flexibilizados²⁸⁸ (flexibilidad funcional interna, en términos de ATKINSON²⁸⁹), por una parte, y en empleos precarios de corta duración, por otra parte, cuya utilización se disparó enseguida, en tanto la ley se había limitado a legalizar una práctica que venía observándose por el empresariado²⁹⁰. Y en la que, como

²⁸⁶ *Documentos de Derecho Social*, 1990-FRA 1. O.I.T., 1990/3: *Ley francesa núm. 90-613, de 12 de julio de 1990, por la que se favorece la estabilidad en el empleo mediante la adaptación del régimen de contratos precarios*, publicada en el J.O. de 14 de julio de 1990, núm. 162, págs. 8322-8329.

²⁸⁷ La medida se justifica por el elevado índice de desempleo, de 2,2 millones de personas. Su artífice, Norbert Blum, afirmaba, durante la tramitación de la ley, que “nuestra política social no está destinada únicamente a los asalariados en activo. *En la actualidad, se dirige con prioridad, a aquellos que se encuentran fuera: a los 2,2 millones de parados*”. Cita de Martin BEUTELSPACHER, en *Intersocial*, núm. 106, octubre 1984, reproducido en *Información Social Internacional*. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, núm. 34/35, noviembre-diciembre 1984, pág. 52- 54.

²⁸⁸ La flexibilidad “interna” que introduce dicha ley se centra principalmente, por un lado, en el horario de trabajo (se autoriza un mayor recurso al trabajo a tiempo parcial y al *jobsharing* o división del puesto de trabajo; y, por el otro, en la remisión a la negociación colectiva de la regulación de las horas extraordinarias (desregulación de la materia de horario de trabajo). Además, la ley deroga la limitación, hasta el momento existente, a la movilidad de la mano de obra, respecto de la pequeña y la nueva empresa, exonerándole de la aplicación de la normativa referente a la protección del trabajador (así, concede autorización para prorrogar los contratos temporales hasta dos años, no existe el *consejo de fábrica*, etc.). Asimismo, reduce los requisitos para proceder a la reducción de personal u otra modificación de tipo organizativo (al incrementarse el porcentaje de trabajadores afectados hasta el 20% para que sea exigible el periodo de consultas).

²⁸⁹ Cita en CASEY, B.; DRAGENDORF, R.; HEERING, W. Y JOHN, G.: “El empleo temporal en Gran Bretaña y en la República Federal de Alemania”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 108, 1989, núm. 3, pp. 421 a 423.

²⁹⁰ Ya entre 1972 y 1981 el porcentaje de trabajadores contratados por tiempo inferior a tres meses había experimentado un aumento del 12,7% al 21,1%, y los contratos de duración determinada habían pasado del 25,4% en 1980 al 33,9% en 1983. Fuente: Werner Sengenberger: “Provvedimenti relativi al mercato del lavoro: intervento statale e strategie sindacali nei principali paesi europei”, en *Le politiche del lavoro in Europa agli inizi degli anni ottanta*. Marsilio Editori, 1986, pág. 110. Sin embargo, en los años siguientes se produjo una estabilización en esta tendencia. Los datos de la Encuesta sobre la población económicamente activa demuestran el escaso relieve del crecimiento proporcional de los trabajadores temporeros respecto del conjunto de los asalariados hasta 1986,

la española, se dio carta blanca a la contratación temporal acausal, como medida de fomento del empleo, hasta entrado el año 2000, con resultados diversos de los pretendidos, pues, como en todos los países europeos, provocó el efecto contrario, la precarización del empleo, y no tuvo repercusión sobre el crecimiento del empleo²⁹¹. Si bien dicha tendencia se invirtió en años posteriores, y, según cifras oficiales del Instituto de Investigación *Infratest Sozialforschung*²⁹², ya en el año 1992 se celebraron de 150.000 a 290.000 contratos por tiempo determinado, de los que estabilizaron su empleo entre 25.000 y 40.000 trabajadores contratados bajo tal régimen. Finalmente, la *Ley de Promoción del Empleo (Beschäftigungsförderungsgesetz)* introdujo la reforma del mercado laboral alemán en 1994²⁹³, destinada a mejorar la competitividad de la economía alemana, con pretensión de regular la contratación temporal (amén de legalizar las agencias de empleo privadas).

El sistema británico, en fin, también conoció la flexibilización del mercado de trabajo en la era Thatcher, durante los años 80, cuando el incremento de la tasa de desempleo motivó el lanzamiento de un plan de fomento del trabajo a corto plazo (*Employment Acts* de 1980 y 1982), que determinó el inmediato crecimiento de la tasa de temporalidad también en el Reino Unido, aun considerando el principio de libertad de contratación que regía dicho mercado de trabajo, y que abiertamente establecía una brecha legal entre los trabajadores estables y los temporeros, al hacer titulares de las garantías de estabilidad en el empleo o frente al despido sólo a los trabajadores con empleo continuo o cierta antigüedad en la empresa (los iniciales seis meses pasaron a ser un año en 1980 y a dos años en la reforma de 1985). Si bien la flexibilidad tradicional en esta materia, es decir, el principio de libre contratación temporal, ha determinado que no exista una preferencia específica del empresariado británico hacia la misma²⁹⁴.

En suma, el recurso a la contratación temporal obedece en nuestros países vecinos a parámetros similares, por lo que las líneas de tendencia han sido similares en todos ellos, salvando la singularidad alemana (que manifiesta una preferencia por las plantillas flexibles y fijas con alta formación, en detrimento del trabajo temporal, justificado por las fluctuaciones del mercado, más habitual en Portugal o en España) y la británica en cuanto a la contratación a tiempo parcial (más tradicional y extendida en dicho país).

declinando incluso en 1987, de lo que se deduce un limitado aumento del trabajo temporal: 1.140 contratos temporales en 1984, 1604 en 1985, 1765 en 1986 y 1615 en 1987; frente a 20.272 contratos permanentes en 1984, 20.034 en 1985, 20.225 en 1986 y 20.438 en 1987. Datos confirmados por el Informe OCDE de 1989, en el que se constata que el porcentaje de la población activa que trabajaba en dicho año con contratos por tiempo determinado no alcanzaba el 8%.

²⁹¹ Con más virulencia si cabe en el caso alemán, puesto que la dualidad de régimen jurídico provocaba un efecto directo de precarización especialmente palpable, al excluirse los contratos temporales de la protección contra el despido injustificado y de otros mecanismos protectores (salariales, de cotización, de Seguridad social...).

²⁹² *European Industrial Relations Review*: "Labour Market Reform" (Germany). N° 252, En. 1995. P. 18.

²⁹³ La reforma del mercado de trabajo se compone de dos leyes que inicialmente formaban un solo proyecto de ley: la Ley de Promoción del Empleo y la Ley de reforma de la ley sobre control del empleo no declarado y de otras leyes (*Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und zur Änderung anderer Gesetze*), en materia de trabajo clandestino.

²⁹⁴ Su aumento no fue notorio en los años 80 (un 6% en 1987, 1,3 millones, según los datos que arroja el Informe OCDE de 1989).

A día de hoy, el desempleo y la pobreza en Europa constituyen preocupación prioritaria. Así, la *Estrategia Europa 2020* incluye entre sus tres prioridades básicas el crecimiento sostenible (promoción de una economía que utilice más eficazmente los recursos, que sea verde y más competitiva) y el crecimiento integrador (fomento de una economía con un alto nivel de empleo que redunde en la cohesión económica, social y territorial) para la construcción de una Europa del siglo XXI. Para alcanzar tales objetivos, la UE declara que deben abordarse algunos logros, entre ellos: a) el nivel de empleo de la población de entre 20 y 64 años debería aumentar del 69 % actual a por lo menos el 75 % mediante, entre otras cosas, una mayor participación de las mujeres y los trabajadores más mayores y una mejor integración de los inmigrantes en la población activa; b) el problema del abandono escolar debería reducirse al 10 % desde el actual 15 % e incrementarse el porcentaje de la población de entre 30 y 34 años que finaliza la enseñanza superior del 31 % a por lo menos el 40 % en 2020; c) reducir el número de europeos que viven por debajo de los umbrales nacionales de pobreza en un 25 %, rescatando así a más de 20 millones de personas de la pobreza.

El caso español no se separa de las líneas descritas, aunque entra más tardíamente en la dinámica de la contratación temporal y el abandono del monopolio de la contratación por tiempo indefinido. La ley 32/1984, de 2 de agosto, *de reforma del Estatuto de los Trabajadores*, marca un punto de inflexión definitivo en esta tendencia, abriendo el recurso a la contratación temporal especialmente con el contrato temporal de fomento de la contratación, *acausal* y con extinción no indemnizada.

En España, es la Ley 11/1994, de 19 de mayo, *de reforma del mercado de trabajo*, la que acaba con la presunción de duración indefinida del contrato, con la introducción de la flexibilidad que ya habían incorporado otras legislaciones a sus relaciones laborales, y que se complementa en la segunda fase de la reforma, acometida en el año 1997, precisamente con la intención de completar el binomio flexibilidad-seguridad.

Para aquel entonces el mercado laboral español ya estaba claramente marcado por la dualidad entre una doble tipología de trabajadores, generada por el propio régimen legal nacido en 1984 (Ley 32/1984)²⁹⁵ o *descausalización* de la contratación temporal (VALDÉS DAL RE²⁹⁶), que se consagra en 1997 (Ley 63/1997) con la creación del contrato de fomento de la contratación indefinida, y consolidado con la introducción de la archirrepetida *flexiguridad*, o apertura a la flexibilidad empresarial, y la colaboración de la negociación colectiva²⁹⁷, dando lugar a un doble trato sesgado según la tipología contractual ligada al tiempo de servicios contratado: trabajadores contratados por tiempo indefinido y trabajadores temporales. Como afirma ARASTEY

²⁹⁵ Sobre la evolución de tal dualidad y de la contratación temporal, véase un trabajo anterior: RIVAS VALLEJO, P.: “La duración del contrato de trabajo en la Unión Europea. Su evolución en los principales países de la U.E.” (I, II, III y IV). *Revista Técnico Laboral*, Colegio de Graduados Sociales de Barcelona, núms. 67, 68, 69 y 70, 1996 y 1997.

²⁹⁶ Op. cit., p. 9.

²⁹⁷ Como afirma VALDÉS DAL RE (“Contratación temporal y trabajo a tiempo parcial en España: la normalización jurídica de la precariedad laboral. En AA.VV. *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, pág. 3. Disponible online en <http://www.ucm.es/info/femp/cursos/SEMINARIO%20MSE%2016%20de%20Diciembre/FernandoValdes.pdf>), ésta hizo un uso perverso de la habilitación legal para ampliar la duración máxima legal de los contratos temporales estructurales, dinamitando la pretendida rehabilitación del principio de estabilidad en el empleo.

SAHÚN, la “temporalidad es, por tanto, el marco propicio para la consagración de la precariedad en el empleo, en tanto que son los trabajadores temporales los que soportan los experimentos en materia de flexibilidad”²⁹⁸. En la misma línea, VALDÉS DAL RE identifica temporalidad con normalización de la precariedad, y “altar en el que se rinde culto a la flexibilidad laboral”²⁹⁹.

La introducción del *contrato de fomento de la contratación indefinida*, en mayo de 1997³⁰⁰ (por la disposición adicional primera de la Ley 63/1997), supuso un repunte del estancamiento de la contratación estable impulsada por la apertura de la contratación temporal de los años 80 y su continuidad durante más de una década, con un incremento desde el 3,9% en el primer trimestre de 1997 al 8,1% en el mismo periodo de 1999 (PÉREZ INFANTE, 2003³⁰¹, a partir de datos de la Encuesta de Población Activa y del Ministerio de Trabajo):

Periodos	Tasa de paro (1)	Tasa de temporalidad (2)	Empleo a tiempo parcial (3)	Parados de larga duración (4)	Contratos indefinidos registrados en INEM (5)	Contratos temporales con duración máxima 1 mes (6)	Contratos temporales con duración máxima 6 meses (7)
1989	17,3	27,0	4,7	58,5	4,8	-	-
1990	16,3	30,3	4,8	54,1	5,1	-	-
1991	16,3	32,3	4,6	51,1	5,1	-	-
1992	18,4	33,5	5,9	47,4	5,5	-	-
1993	22,7	32,3	6,3	50,0	4,7	-	-
1994	24,2	33,8	6,7	55,8	3,3	-	-
1995	22,9	34,9	7,8	56,9	5,0	25,4	56,0
1996	22,2	33,8	7,7	55,7	4,1	31,0	58,8
1997	20,8	33,5	8,0	55,5	7,0	34,3	60,2
1998	18,8	33,0	7,9	54,1	8,3	35,5	60,3

Fuente: INE: EPA (Col. 1, 2, 3 y 4) y MTAS (resto de columnas).

Lo que justificó que los Acuerdos Interconfederales para la negociación colectiva asumieran como objetivo la búsqueda de la estabilidad en el empleo (garantía de competitividad para las empresas y de seguridad para los trabajadores), inaugurada con el *Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo* que impulsara la

²⁹⁸ ARASTEY SAHÚN, L.: “Las reformas relativas a la contratación laboral: El nuevo régimen de la contratación temporal y, en particular, el límite del contrato para obra o servicio determinado y cambios en el encadenamiento de contratos. El contrato para el fomento de la contratación indefinida”, 14ª Xornadas De Outono De Dereito Social *La Reforma Laboral 2010*, Vigo 26 y 27 de noviembre de 2010. *Actum* nº 47 Monográfico dedicado a 14ª Xornadas De Outono De Dereito Social *La Reforma Laboral 2010*.

²⁹⁹ VALDÉS DAL RE, F. “Contratación temporal y trabajo a tiempo parcial en España... op. cit., p. 3.

³⁰⁰ Recuérdese que nació del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo de 1997, llevado al Real Decreto ley 8/1997, y transformado sucesivamente por Ley 63/1997, Ley 12/2001, Real Decreto ley 5/2002, Ley 45/2002, Real Decreto ley 5/2006, Ley 43/2006, Real Decreto ley 10/2010, y finalmente Ley 35/2010.

³⁰¹ <http://www.uv.es/peraitac/docencia/EcdelT/PEREZ,%20JI.pdf>.

reforma de 1997³⁰², y que, en los acuerdos de 2002 y 2003, se combina con la imperante flexibilidad, para la que los agentes sociales entienden que el instrumento más idóneo es la negociación colectiva, especialmente a partir de tal fecha. Este movimiento negociador provoca el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, *de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*, transformado en Ley 12/2001, de 9 de julio, del mismo título, que vuelve a abundar en la flexibilidad, la que no había procurado la anterior, impulsada por el RDL 15/1998, de 27 de noviembre³⁰³, en la línea de la flexibilidad, si bien sin afectar a la estabilidad o seguridad³⁰⁴. Y que, lejos de poner fin al contrato de fomento de la contratación indefinida, nacido con vocación coyuntural, consolidó su presencia entre las modalidades contractuales con la supresión de su límite temporal.

En la misma línea de sujeción de la contratación temporal incontrolada iniciada en los convenios colectivos (límites al encadenamiento sucesivo de contratos temporales) se vuelve a acometer otra reforma, la introducida primero por Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, tramitado más tarde como Ley 43/2006, de 29 de diciembre³⁰⁵, con la misma denominación, que logró contener tímidamente tan disparatada situación, no envuelta en un contexto de crisis parangonable con el iniciado año y medio después, y por la cual, según el propio Servicio Público de Empleo, se triplicó el número de conversiones de contratos temporales, con un resultado menos espectacular por lo que respecta a las contrataciones iniciales por tiempo indefinido (en proporciones similares a las provocadas por la reforma de 2010), y una caída de la tasa de temporalidad en un 3%³⁰⁶:

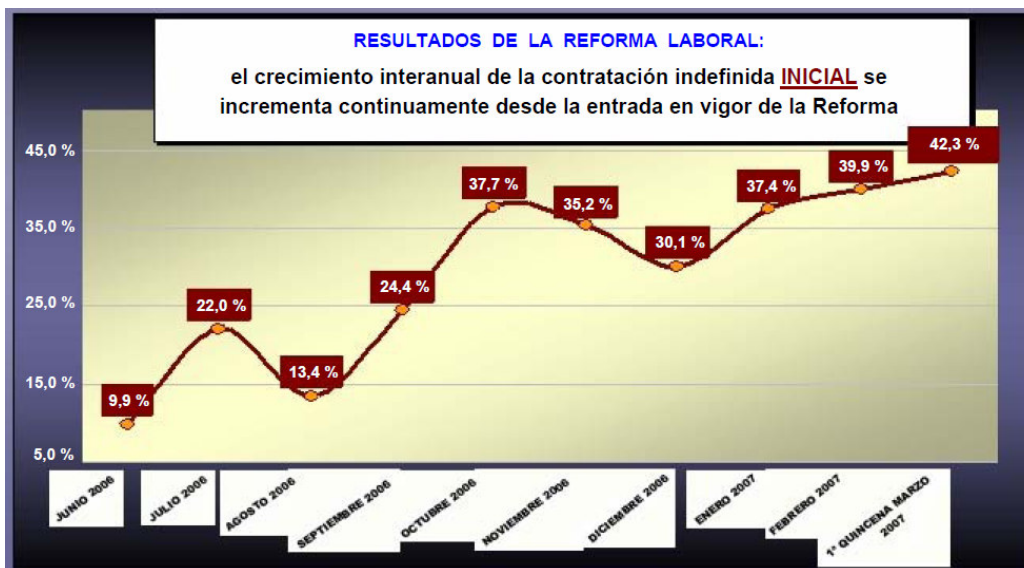
³⁰² Vid. al respecto VALDÉS DAL RE (Dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social* Valladolid (Lex-Nova,) 1997.

³⁰³ BOE de 28 de noviembre de 1998, convalidado mediante resolución del Congreso de los Diputados de fecha 17 de diciembre de 1998 (BOE 30.12.1998).

³⁰⁴ Por ello esta forma de contratación constituye en España el paradigma de la precariedad, y, en palabras de VALDÉS DAL RE (op. cit., p. 26), “evoca los efectos más perversos de las políticas desreguladoras y flexibilizadoras del mercado de trabajo”. Ello justifica el reciente interés por su reconstrucción dentro de la política de empleo, que ha dado lugar al Real Decreto-ley 1/2011, que pretende reavivar la figura dentro de los términos de la contratación estable.

³⁰⁵ Consúltese el contenido de las medidas en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-2006-22949#analisis.

³⁰⁶ Tablas extraídas de “Resultados de la reforma laboral”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en https://www.redtrabaja.es/es/portalttrabaja/resources/pdf/contratos/LOS_RESULTADOS_REF LAB_marzo07.pdf.



Las series estadísticas publicadas por el Ministerio de Trabajo en https://www.redtrabaja.es/es/portalttrabaja/resources/contenidos/estadisticas/datos_avance/doc/contratos/dbctevol.doc indican un ligero aumento de la contratación por tiempo indefinido global desde unos índices comprendidos entre el 8 y el 9% del volumen total hasta una tasa superior a 10, que se incrementa a partir de septiembre de 2006 alrededor del 12%, subiendo hasta el 13,17, 13,97, 16,96, 15,45 en los meses sucesivos, y experimentando un descenso progresivo a partir de febrero desde el 12% hasta llegar al 10,30 en julio de 2007, para subir a partir de septiembre de nuevo a índices próximos al 12%, que irán descendiendo a partir de enero de 2008 (para llegar al 9,22 en diciembre de 2008, como siempre un mes de caída de la contratación por tiempo indefinida, que vino precedido de un 11,11 en el mes de noviembre).

La situación a la que se llega en el año 2010 y que justifica la reforma llevada a término en junio, como declara abiertamente el preámbulo de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, *de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, por la que el Real Decreto ley de junio es convalidado, es la de la pérdida durante los últimos dos años de más de dos millones de puestos de trabajo, con paralelo y proporcional crecimiento de la tasa de desempleo, duplicada y superior al 20% (en diciembre de 2010 era ya de 20,2%), superando las peores épocas anteriores (en 1994 no había llegado a alcanzar el 20), con un total de 4.231.003 desempleados en enero de 2011 (en igualdad de proporción por sexos: 2.105.239 hombres y 2.125.764 mujeres). Las tasas superan y hasta duplican las de otros países recientemente incorporados a la Unión Europea y a la cabeza de la precariedad social, como Bulgaria, que en la misma fecha (enero de 2011) ha registrado un índice de desempleo de del 10,2%³⁰⁷.

El propio legislador es consciente de que “un desempleo de esa magnitud constituye el primer problema para los ciudadanos y sus familias y supone un lastre inasumible a medio plazo para el desarrollo económico y para la vertebración social de nuestro país”, y en que “existe una amplia coincidencia en señalar como responsables de este negativo comportamiento tanto a las diferencias en la estructura productiva del crecimiento económico, como a algunas particularidades estructurales de nuestro mercado laboral, que las reformas abordadas en las últimas décadas no han logrado eliminar o reducir de forma sustancial”.

Precisamente una de las causas fundamentales de ello, singular en España, es la altísima tasa de contratación temporal, que, como se reconoce en el mismo Preámbulo, ha llevado a una clara segmentación entre trabajadores fijos y temporales, con un destacado impacto discriminatorio y, por ende, sobre la propia salud de los trabajadores (que sufren “el mal de la precariedad”).

Pero no puede ignorarse una razón fundamental que los analistas, y las propias instituciones comunitarias (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros”³⁰⁸), han definido de manera simple como fracaso de las políticas de empleo del Gobierno español, imputables a la falta de adaptación de las mismas a la nueva realidad económica a la que debían hacer frente, pese a lo cual se mantuvieron constantes como en condiciones de normalidad³⁰⁹. Lo que ha desembocado en “una interminable sucesión de reformas legislativas (que) ha logrado alcanzar la normalización jurídica de la precariedad laboral” (VALDÉS DAL RE³¹⁰).

Como tampoco debe obviarse que la nueva reforma incide, una vez más, en la brecha entre ambos tipos de trabajadores y en la creación de diferentes estatus

³⁰⁷ Diario *Balkan Insight*, <http://www.balkaninsight.com/en/article/bulgarian-jobless-rate-up-slightly-in-january>, 2 de marzo de 2011.

³⁰⁸ COM (2008) 869 final, DOCE de 17 de noviembre de 2009.

³⁰⁹ MORALES ORTEGA, J.M.: “El régimen de incentivos a la contratación tras la ley 35/2010, de medidas urgentes para la Reforma del mercado de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010, p. 378.

³¹⁰ VALDÉS DAL RE, F. “Contratación temporal y trabajo a tiempo parcial en España: la normalización jurídica de la precariedad laboral. En AA.VV.: *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, p. 3. Disponible online en <http://www.ucm.es/info/femp/cursos/SEMINARIO%20MSE%2016%20de%20Diciembre/FernandoValdes.pdf>.

diferenciados según el tipo de vínculo contractual establecido, que sitúa en diferente riesgo de “volatilidad” a unos y a otros.

2. La reforma del mercado de trabajo de 2010. Contexto y objetivos perseguidos.

Con el trasfondo de la crisis económica y los estragos causados sobre el empleo tras dos años de pertinaz decrecimiento, el Gobierno español lanzó en abril del año 2010 una propuesta de diálogo social sobre el empleo³¹¹, inscrito en la Estrategia de Economía Sostenible (presentada el anterior 2 de diciembre por el Presidente del Gobierno en el Congreso de los Diputados, se afirma que “para acelerar la renovación de nuestro modelo productivo”), pero anclado a la necesidad de incidir sobre el maltrecho mercado de trabajo y la economía española³¹². El contenido de semejante propuesta, sin embargo, no obtuvo el respaldo esperado o, al menos, necesario, llevando a su conversión de manera unidireccional y su conclusión en forma de la denostada reforma laboral acometida en junio mediante Real Decreto ley 10/2010, de 16 de junio, tramitado y convertido en septiembre en Ley 35/2010, de 17 de septiembre, *de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*. La propuesta, convertida finalmente en Ley 35/2010, ha encontrado continuidad en sucesivas modificaciones, encaminadas a la “mejora del empleo” que se han sucedido después de la entrada en vigor de la citada Ley, entre las que se encuentra el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, *de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo*, o el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, *de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas* (BOE de 12 de febrero)³¹³, para la extensión del contrato estable que regula la Ley 35/2010 a la contratación a tiempo parcial, al que se ha acompañado la Resolución de 15 de febrero de 2011, del Servicio Público de Empleo Estatal (BOE de 16 de febrero), por la que se restaura el sistema de ayudas económicas a los desempleados que hayan agotado las prestaciones, con una nueva ayuda de 400 euros mensuales; y en el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, *de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo*, respecto de la mejora de la planificación de la política de empleo y su apertura a la colaboración privada, así como de la mejora y modernización de la gestión como servicio público al ciudadano³¹⁴.

Entre sus finalidades, la ley persigue mejorar la “*empleabilidad*” (otro término integrado en el “Diccionario de uso del laboralismo español”, que ha acuñado sustantivos como “mercado de trabajo”, “flexiseguridad” y su variante “flexiguridad”,

³¹¹ Puede consultarse en <http://www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/D63D2378-0DFE-4A1E-AF06-2DCD4E5642C8/108449/DocumentodetrabajoDS01.pdf>.

³¹² GONZÁLEZ BIEDMA, E.: “Aspectos clave de la reforma laboral (I)”. Revista *Aranzadi Doctrinal* núm. 7/2010 (Comentario). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010.

³¹³ Medidas prorrogadas por *el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, en cuya aplicación se dictó la Resolución de 30 de agosto de 2011, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación para la concesión de ayudas económicas de acompañamiento por la participación en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo*.

³¹⁴ Por ello se introduce un catálogo de servicios para desempleados, para empleados y para empresas, en el nuevo artículo 19 quáter de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, que precisará de la oportuna tramitación parlamentaria, en tanto la norma modificadora tiene forma de Real decreto ley.

“Fordismo” y “postfordismo”, o “sostenibilidad”), contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española. La ley plasma tales objetivos en tres finalidades, la primera de las cuales es “corregir la dualidad de nuestro mercado de trabajo promoviendo la estabilidad en el empleo”. Para ello propone, desde el plano formal y en la línea de la “flexiguridad” (combinación y equilibrio entre flexibilidad y seguridad) impuesta por la dinámica comunitaria³¹⁵, como medidas las que se presentan como orientadas a restringir el uso injustificado de las modalidades temporales de contratos (v.g., restricciones al encadenamiento sucesivo de contratos temporales) combinadas con las de fomento de la contratación indefinida, que se anclan al modelo de “contrato de fomento de la contratación indefinida” para la inserción laboral de los colectivos con mayores dificultades de empleo, finalidad originaria desvirtuada por su uso desviado desde que se puso en funcionamiento la figura (del que no están exentas otras figuras destinadas al fomento del empleo –y a la flexibilidad organizativa para empresas y trabajadores–, como el contrato a tiempo parcial, que ha servido para encubrir desigualdades de trato y discriminaciones por razón de género).

En el plano material, la concreción de estos objetivos se traduce en primer lugar en la extensión *intemporal* del ámbito subjetivo de esta modalidad especial del contrato ordinario (curiosa *contradictio* jurídica), nacida igualmente con fines coyunturales y consolidada³¹⁶ como figura destinada a sustituir al contrato ordinario (y abaratar así definitivamente los costes del despido), para dar entrada a los colectivos de desempleados de menor duración (un mes de permanencia en la situación de desempleo, es decir, todos), y a los “castigados” por la temporalidad (por haberse visto vinculados únicamente por contratos de duración determinada en los últimos dos años... es decir, casi todos los que hayan suscrito contratos desde el inicio de la crisis económica) o por la crisis económica o en cualquier caso por la extinción del contrato que les vinculaba por tiempo indefinido a un puesto de trabajo. Y, en segundo lugar, en la flexibilidad para extinguir el contrato por causas objetivas sin necesidad de mayor exigencia que el propio reconocimiento empresarial de improcedencia, lo que en todo caso rebaja la indemnización económica por despido improcedente a los consabidos treinta y tres días por año de servicio (apartado cuarto de la disposición citada), sin riesgo de conversión de su calificación a la de nulidad cuando exista divergencia cuantitativa o defecto formal indemnizatorio (al determinarse que en tal supuesto proceda la improcedencia y no la nulidad del despido, y, por tanto, limitarse la consignación o entrega a la diferencia entre la indemnización por extinción objetiva y despido improcedente), y con responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial por los primeros ocho días anuales de la misma (siempre que se hayan celebrado post-reforma, lo que abarata en la práctica la indemnización a veinticinco días, es decir, veinte en total). Y viene garantizado y flexibilizado para el empresario frente a impugnaciones de orden formal, en tanto se imputa al propio trabajador la carga de la prueba del uso fraudulento del procedimiento para encubrir un despido disciplinario, y se reducen las restricciones a la concertación del contrato como fórmula de sustitución de puestos fijos anteriormente amortizados (apartado quinto: la prohibición ha sido sustituida por la de no haber extinguido contratos por tiempo indefinido en su modalidad ordinaria por causas objetivas declaradas o reconocidas como improcedentes o no haber amortizado puestos

³¹⁵ Comisión Europea, *Libro verde: cooperación para una nueva organización del trabajo* (Bruselas, 16.04.1997, COM (97) 128 final).

³¹⁶ LUJÁN ALCARAZ, J.: “El contrato para el fomento de la contratación indefinida en la reforma de 2010”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 10/2011 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.2011. BIB 2010\2999.

colectivamente –despido colectivo- después del 18 de junio de 2010, con el fin de cubrir los mismos puestos mediante la modalidad de fomento).

En definitiva, existe una habilitación legal a las empresas para presentar formalmente el despido como objetivo improcedente y acogerse a la indemnización rebajada, que no sería aplicable de optarse por un despido improcedente “simple”, en tanto se hace recaer sobre el trabajador la carga de probar lo contrario³¹⁷. Amén de los incentivos consistentes en el régimen bonificado de cotización a la Seguridad social, que aligeran los costes empresariales durante una parte significativa de la vida del contrato³¹⁸ (pero sobrecarga y descapitaliza al sistema de la Seguridad social³¹⁹), y cuyo carácter provisional lo hace revisable de acuerdo con la evolución de su impacto sobre el mercado de trabajo (D.F. 12ª Ley 35/2010). Figura por otra parte insólita en el contexto comunitario (no prevista tampoco en la Estrategia Europa 2020, *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, de 3 de marzo de 2010³²⁰), que para el fomento de la contratación indefinida introdujo la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, *por la que se regulan incentivos en materia de seguridad social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo*.

En resumen, la reforma introducida por la Ley 35/2010 persigue dos objetivos claros: a) por un lado facilitar y extender el uso de esta modalidad contractual, mediante la universalización del ámbito subjetivo del contrato, y la reducción de los obstáculos para su celebración (es decir, de las prohibiciones que impiden su uso empresarial), y b) facilitar el despido objetivo mediante la legalización del despido improcedente reconocido empresarialmente o compra empresarial del despido improcedente y mediante el traslado de la carga de la prueba sobre su uso indebido al trabajador (figura que en su dimensión global ha sido calificada de “buque insignia” de la reforma para favorecer las contrataciones³²¹). El conjunto de las reformas relativas a la regulación de

³¹⁷ Sin embargo, para algunos analistas (cfr. GONZÁLEZ BIEDMA) tales resquicios legales a un posible estímulo a la contratación desde el punto de vista de la facilidad para extinguir sólo permitan ser escépticos con los resultados.

³¹⁸ Debe traerse a colación la declaración del propio Secretario de Estado de la Seguridad Social, Octavio Granados, ante la Agrupación de Periodistas de Información Económica (APIE) (cfr. Europapress.es, video disponible en <http://www.europapress.es/videos/>), donde afirmaba que la reforma introducida por el Real Decreto Ley 1/2011 (y las bonificaciones a las cotizaciones introducidas para crear empleo) pretendía abaratar los costes de mano de obra (con fines incentivadores). Vid. Un comentario al respecto por BAYLOS GRAU en su blog, <http://baylos.blogspot.com/2011/02/elogios-del-despido-libre-y-del-bajo.html>, así como en <http://www.nuevatribuna.es/noticia/44690/OPINI%C3%93N/elogios-despido-libre-bajo-precio-mercanc%C3%ADa-humana.html>.

³¹⁹ Se prevé que reducción de cotizaciones a las empresas mermará los ingresos de la Seguridad Social en 23,5 millones en el año 2011.

³²⁰ Consultable en http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100303_1_es.pdf. Estrictamente, en el ámbito del empleo, la iniciativa –una de las siete en las que se concretan los objetivos marcados para la década-, sólo se incluye la «Agenda de nuevas cualificaciones y empleos», para modernizar los mercados laborales y potenciar la autonomía de las personas mediante el desarrollo de capacidades a lo largo de su vida con el fin de aumentar la participación laboral y adecuar mejor la oferta y la demanda de trabajos, en particular mediante la movilidad laboral.

³²¹ GONZÁLEZ BIEDMA, op. cit., p. 2. El citado autor también califica de “decepcionante” el resultado de la configuración final del despido en la Ley 35/2010, respecto de las expectativas iniciales que se habían depositado en una esperada mejora del despido por causas “empresariales”.

la extinción del contrato de trabajo (con la reforma de los arts. 51, 52 c, 52.1 c y 53.4 ET) refuerzan el signo de las reformas anteriores, definidas por la literatura económica como “reforma con orientación económica”, es decir, neoliberal y favorecedora de los movimientos empresariales unidos a la búsqueda de la rentabilidad económica.

En conclusión, dotar al contrato por tiempo indefinido de los atractivos propios de la contratación temporal: las facilidades para extinguir el contrato. Dicho en palabras de *Jean Enmanuel RAY*³²², *todo el interés dispensado por el legislador a los contratos precarios se centra en exonerar al empleador de las obligaciones jurídicas inherentes al régimen del despido (preaviso e indemnización).*

Sin embargo, el primero de los objetivos no se ha visto traducido en un aumento significativo del recurso a esta modalidad contractual. Como han puesto de relieve diversos analistas, el impacto de la reforma sobre la evolución inmediata de la contratación por tiempo indefinido no se ha ajustado a cuanto cabría esperar de las nuevas medidas de fomento de la misma. Muy al contrario, las series estadísticas del año 2010, hasta el último dato disponible, febrero de 2011, evidencian una caída de la contratación estable precisamente desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2010 durante los meses de verano, hasta un 7,61%, en el mes de junio, un 6,86% en el mes de julio y un 6,62% en el mes de agosto, con un ligero aumento en los meses de otoño, hasta el 8,78%, 8,80%, 8,60% y 7,83% en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre. Sólo en el mes de enero de 2011 experimentó un repunte que lo iguala con el índice del mes de mayo de 2010, y que proviene fundamentalmente de la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido (la tasa interanual de conversión en contratos por tiempo indefinido del mes de enero de 2011 ha sido del 26,11 –en su mayoría correspondientes a contratos para obra o servicio determinado y eventuales por circunstancias de la producción-, mientras que la de contrataciones de fomento de la contratación indefinida ha sido de -27,12, y sólo de 4,68 en el caso de contratos por tiempo indefinido de carácter ordinario). Concretamente, el total de contratos por tiempo indefinido celebrados en el mes de enero de 2011 fue de 102.733³²³ (de un total de contrataciones de 1.116.019), mientras que la correspondiente al mes de febrero asciende a 94.363 (de un total de 1.011.418 contrataciones nuevas), dato que no avala en sí mismo el pronóstico negativo del crecimiento de la contratación por tiempo indefinido, puesto que es concorde con la caída de las contrataciones en dicho mes (917.055 contratos temporales), pero sí con la estabilización de la contratación estable sin efecto concreto de la reforma en su fomento.

Mientras que el índice de temporalidad experimentaba similar variación en paralelo, esto es, cubriendo con un ligero aumento por encima del 90% del mes de mayo el descenso de la contratación por tiempo indefinido. En conclusión, en el corto plazo las medidas se han revelado como favorecedoras de la contratación temporal en detrimento de la contratación estable, aun cuando deba considerarse el dato de que el mayor índice de destrucción de empleo ha afectado al empleo temporal, por su carácter fluctuante. Véanse a continuación los caracteres y elementos definidores de las mismas para alcanzar una valoración de la participación de tales rasgos en el efecto descrito sobre el mercado de trabajo.

³²² *Droit du Travail*. Ed. Liaisons, 1993, p. 63.

³²³ Dato extraído de https://www.redtrabaja.es/es/redtrabaja/static/Redirect.do?page=statsAvanceContratos_prov.

Evolución de la contratación el periodo inmediatamente precedente a la reforma y el periodo posterior a la misma, hasta la fecha:

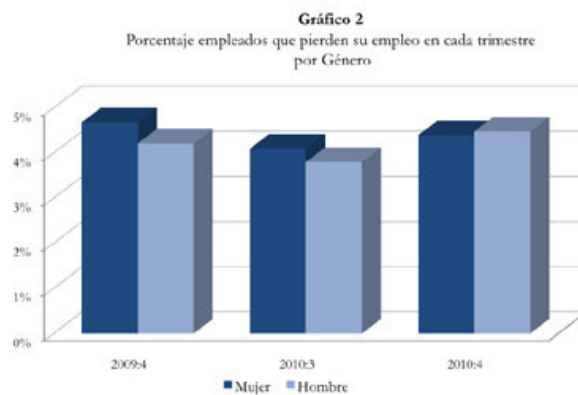
AÑOS/MES ES	TOTAL CONTRATOS			INDEFINIDOS				TEMPORALES			
	DATOS ABSOLUT OS	VARIACIÓN RELATIVA		DATOS ABSOLUT OS	% SOBRE TOTAL	VARIACIÓN RELATIVA		DATOS ABSOLU TOS	% SOBRE TOTAL	VARIACIÓN RELATIVA	
		MENSU AL	ANUA L			MENS UAL	ANUAL			MENS UAL	ANUAL
DICIEMBR E 2009	1.137.565	-5,52	1,79	85.827	7,54	-20,10	-16,72	1.051.738	92,46	-4,09	3,67
AÑO 2010											
ENERO 2010	1.050.233	-7,68	-6,71	94.595	9,01	10,22	-20,64	955.638	90,99	-9,14	-5,06
FEBRERO 2010	1.028.222	-2,10	1,14	101.211	9,84	6,99	-12,51	927.011	90,16	-3,00	2,89
MARZO 2010	1.189.327	15,67	12,08	117.934	9,92	16,52	-2,72	1.071.393	90,08	15,58	13,99
ABRIL 2010	1.078.509	-9,32	4,57	102.973	9,55	-12,69	-7,63	975.536	90,45	-8,95	6,04
MAYO 2010	1.182.100	9,61	6,49	108.264	9,16	5,14	-0,76	1.073.836	90,84	10,08	7,29
JUNIO 2010	1.297.611	9,77	1,80	98.754	7,61	-8,78	-8,34	1.198.857	92,39	11,64	2,73
JULIO 2010	1.397.265	7,68	-0,41	95.823	6,86	-2,97	-13,78	1.301.442	93,14	8,56	0,74
AGOSTO 2010	1.010.216	-27,70	6,92	66.846	6,62	-30,24	-2,75	943.370	93,38	-27,51	7,68
SEPTIEMB RE 2010	1.390.283	37,62	2,62	122.090	8,78	82,64	-4,90	1.268.193	91,22	34,43	3,40
OCTUBRE 2010	1.346.087	-3,18	-0,87	118.422	8,80	-3,00	-6,38	1.227.665	91,20	-3,20	-0,30
NOVIEMB RE 2010	1.257.479	-6,58	4,44	108.131	8,60	-8,69	0,66	1.149.348	91,40	-6,38	4,81
DICIEMBR E 2010	1.189.818	-5,38	4,59	93.171	7,83	-13,84	8,56	1.096.647	92,17	-4,59	4,27
AÑO 2011											
ENERO 2011	1.116.019	-6,20	6,26	102.733	9,21	10,26	8,60	1.013.286	90,79	-7,60	6,03
FEBRERO 2011	1.011.418			94.363				917.055			

El Preámbulo de la Ley 35/2010 admite que el contrato de fomento de la contratación indefinida no ha cumplido su finalidad de promover el acceso a la contratación estable de los colectivos con mayores dificultades para lograr tal contratación. Inexplicablemente, y con el objeto de dar efectividad a tal finalidad, se amplía el ámbito subjetivo de aplicación a los colectivos “atrapados en la temporalidad”. Por tanto, las mejoras de la figura van destinadas a desviar su aplicación a otros colectivos anteriormente no incluidos, de suerte que se mantiene subsistente el problema no subsanado de la falta de eficacia del fomento de la contratación indefinida entre los colectivos para los que fue creado. En suma, ante el fracaso de la medida, se focaliza su ámbito aplicativo sobre otro espectro subjetivo, pero se vuelve a alimentar la desigualdad en el empleo en una dualidad ya consolidada. Sobre esta cuestión se tratará en el epígrafe siguiente.

Por lo que respecta al índice de desempleo, tras la reforma de 2010, dicha tasa ha seguido elevándose, salvo un ligero repunte en diciembre debido a las contrataciones estacionales ligadas a los festejos navideños (así puede apreciarse en la tabla siguiente, donde se ha sombreado el periodo que sigue a la entrada en vigor de la reforma), lo que significa que no ha existido un impacto inmediato en el nivel de empleo, con independencia de los hipotéticos logros alcanzados respecto de la calidad de éste:

	Año 2010			Año 2011		
	PARO REGISTRADO	% DE VARIACIÓN		PARO REGISTRADO	% DE VARIACIÓN	
		MENSUAL	ANUAL		MENSUAL	ANUAL
ENERO	4.048.493	3,18	21,66	4.231.003	3,19	4,51
FEBRERO	4.130.625	2,03	18,63			
MARZO	4.166.613	0,87	15,57			
ABRIL	4.142.425	-0,58	13,65			
MAYO	4.066.202	-1,84	12,32			
JUNIO	3.982.368	-2,06	11,71			
JULIO	3.908.578	-1,85	10,28			
AGOSTO	3.969.661	1,56	9,38			
SEPTIEMBRE	4.017.763	1,21	8,31			
OCTUBRE	4.085.976	1,70	7,29			
NOVIEMBRE	4.110.294	0,60	6,24			
DICIEMBRE	4.100.073	-0,25	4,50			

Desempleo por otra parte más concentrado entre los trabajadores de sexo masculino, con ciertas fluctuaciones, que intensifican la tasa femenina hacia finales de año, según la estadística recogida por el *Observatorio laboral de la crisis* dependiente de la Fundación Fedea³²⁴:



Pero también con un fuerte componente de desigualdad, pues se ceba en ciertos colectivos, preferentemente los trabajadores de nacionalidad extranjera, con niveles bajos de cualificación, mujeres, y jóvenes con edades inferiores a veinticinco años, amén de concentrarse en los empleos temporales. Se trata precisamente de los colectivos integrados en las medidas de fomento del empleo. Por otra parte se ha concentrado en el sector de la construcción (excluido de las mejoras en la estabilidad, puesto que se consagra la figura del contrato fijo de obra, aunque sus afectados se sitúan entre los colectivos prioritarios de la política de empleo más reciente, así en el Real Decreto ley 3/2011³²⁵), siendo el de la industria el que ha sufrido en menor medida tal impacto, lo que explica el menor índice de desempleo en Cataluña y País Vasco.

³²⁴ Boletín electrónico de enero de 2011, disponible en http://www.fedea.es/observatorio/boletines/observatorio_laboral_crisis_enero_11.pdf.

³²⁵ En su preámbulo se afirma que los colectivos que más requieren de las nuevas políticas activas de empleo son los jóvenes, con especial atención a aquellos con déficit de formación, mayores de 45 años, personas con discapacidad y personas en paro de larga duración, con especial atención a la situación de las mujeres, así como las personas en desempleo procedentes del sector de la construcción, o personas en situación de exclusión social.

Por otra parte, el sector de la construcción no se encuentra entre los incluidos en el Plan integral de Política Industrial 2020, impulsados por la Disposición adicional décima de Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible* (BOE de 5 de marzo), por no tratarse de un sector vinculado con el desarrollo de las actividades de ciencia e innovación y de mayor capacidad de internacionalización, entre los que sí se cita expresamente *la automoción, la biotecnología, la agroalimentación, las tecnologías sanitarias y farmacéuticas, las TIC y los contenidos digitales, la química, los sectores relacionados con la protección medioambiental, incluyendo las energías renovables y la eficiencia energética, el sector aeroespacial y la máquina-herramienta*, algunos de los cuales han sido azotados con más virulencia por la crisis, como es el agroalimentario.

3. La continuación de la reforma en 2011: la hora de la contratación a tiempo parcial estable. El contrato a tiempo parcial para desempleados jóvenes y el empleo sostenible.

3.1. El contrato a tiempo parcial para desempleados jóvenes.

Los jóvenes desempleados constituyen una constante preocupación para nuestros legisladores, que han ido acometiendo en los últimos años, como en la década precedente, diversas fórmulas que no parecen haber alcanzado demasiado éxito, y que va aproximando la orientación de la política de empleo hacia los menos formados profesionalmente, hasta el punto de ensanchar los confines del contrato para la formación con múltiples excepciones y vías de aplicación (la última de ellas de la mano del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, *de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo*), o incluso de afectar el ámbito de los que cuentan con la formación necesaria pero similares problemas de inserción en el mercado laboral, entre las que se encuentran las más recientes de la Ley 35/2010 y sus “flecós” (v.g. ampliación del contrato de prácticas para vincularlo a los estudios de tercer ciclo o doctorados, que reabrirían la autorización para contratar bajo esta modalidad³²⁶, o para flexibilizar la contratación de titulados con discapacidad, ampliación de la edad máxima³²⁷ para formalizar el contrato para la formación, ahora también llamado “para el aprendizaje”, *ex RD-ley 10/2011, de 26 de agosto*) o el Real Decreto ley 1/2011, en el marco de la contratación a tiempo parcial.

³²⁶ La medida se sitúa en el contexto de la sobrecualificación de algunos trabajadores jóvenes y las dificultades de acceso al trabajo de estos (ALFONSO MELLADO, C.L.: “Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales”. En AA.VV.: *Monográfico sobre la reforma laboral de 2010. Temas Laborales*, núm. 107, 2010, p. 94).

³²⁷ Edad que de manera transitoria y hasta el 31 de diciembre de 2013 se amplía hasta los treinta años (mayores de veinticinco y menores de treinta años) que carezcan de cualificación profesional (Disposición transitoria segunda del RD Ley 10/2011, de 26 de agosto). Por otra parte, la nueva Disposición adicional decimonovena del ET introducida por el *Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dispone la inaplicabilidad de la edad máxima a los contratos para la formación y el aprendizaje* suscritos en el marco de las acciones y medidas establecidos en la letra d) del artículo 25.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

Con igual vocación coyuntural que la que dio origen al contrato para el fomento de la contratación indefinida, el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, *de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas*, crea un “Programa excepcional de empleo para la transición hacia la contratación estable”, que bien podría bautizarse como *contrato a tiempo parcial para desempleados jóvenes*. Lo cierto es que siendo la filosofía de la norma que la contiene el fomento de la contratación estable, el art. 1 del citado Real Decreto diseña un contrato a tiempo parcial dual, al admitir tanto la contratación por tiempo indefinido como temporal, bajo la común condición de que los trabajadores contratados sean menores de treinta años y lleven inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses dentro de los dieciocho anteriores a la contratación (art. 1), y de que la jornada parcial contratada se encuentre entre los límites del 50% y el 75% de un trabajador a tiempo completo comparable (en los términos del art. 12 ET).

No se trata, sin embargo, de modalidad nueva alguna, sino de incentivar dichas contrataciones mediante el recurso habitual de la exención (del 100% o del 75% según el tamaño de la plantilla: menos o más de 250 trabajadores, respectivamente) de las cuotas a la Seguridad social (durante los doce meses siguientes a la contratación), siempre y cuando la duración inicial del contrato sea al menos de seis meses (art. 1.2). Reducciones que únicamente serán de aplicación a los contratos celebrados entre el 13 de febrero de 2011 y el 13 de febrero de 2012, y con exclusión de los de interinidad y relevo. De acuerdo con el objetivo de la norma de crear empleo, las reducciones se encuentran condicionadas a la creación neta de empleo (art. 1.9) y a su mantenimiento durante toda la vigencia de tales beneficios (art. 1.10). En la misma línea, y respecto de los contratos formativos, el art. 2 del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, prevé idéntico régimen para la celebración de contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores desempleados mayores de veinte años e inscritos como tales con anterioridad a 16 de agosto de 2011, aplicables en este caso hasta el 31 de diciembre de 2013, cuya transformación en contratos por tiempo indefinido dará lugar a su vez a la reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social en cuantía de 1.500 euros por año (o de 1.800 euros en caso de mujeres).

De nuevo, como sucede en la modalidad especial del contrato por tiempo indefinido, se introducen ciertas especialidades, si bien no afectan a la configuración del contrato, sino meramente a la opción que en tales casos se abre para la empresa de aplicar las reducciones establecidas en este artículo o las bonificaciones reguladas en el capítulo I de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, o las previstas en el propio reglamento comentado. Ello sucede respecto de las personas con discapacidad³²⁸, que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género o de violencia doméstica, o que se encuentren en situación de *exclusión*

³²⁸ La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece en su disposición final primera la obligación del Gobierno, en el plazo de un año, de promover la adopción de medidas destinadas al cumplimiento de la reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, y, además de encaminarse al cumplimiento efectivo de la cuota de reserva del dos por ciento de los puestos de trabajo, dispone el deber de “evaluar las medidas existentes y estudiar medidas alternativas que conduzcan al aumento de la contratación en el empleo ordinario, al objeto de configurar un conjunto de medidas más eficiente”.

*social*³²⁹. Con la posibilidad, añadida por el art. 1.4, de conectar las correspondientes reducciones con las bonificaciones previstas por celebración de contratos por tiempo indefinido, si bien con descuento de los periodos de reducción ya aplicados, una vez transcurrido el periodo de un año al que afecta esta medida. Y, de igual modo, la transformación de los contratos temporales suscritos al amparo de esta norma en contrataciones por tiempo indefinido da lugar a las pertinentes bonificaciones previstas en el art. 10 de la Ley 35/2010, bastando para ello que los requisitos aplicables a las personas contratadas se cumplieran en la fecha de la contratación inicial (art. 1.6).

La *coyunturalidad* de estos incentivos viene reforzada por la llamada al acuerdo de concertación para su revisión transcurridos seis meses desde su implantación, con vistas a la evaluación de su impacto y a la redefinición jurídica de la contratación a tiempo parcial (art. 1.13), sin perjuicio de lo cual y con pretensiones más globales, se ha suscrito con anterioridad al transcurso del plazo, el 2 de febrero de 2011, el *Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones*.

3.2. El empleo sostenible. El gran ausente en la reforma.

La *Estrategia Europa 2020* incluye entre sus tres prioridades básicas el crecimiento sostenible y el crecimiento integrador, para la construcción de una Europa del siglo XXI. En el plano del empleo, el crecimiento integrador o fomento de una economía con un alto nivel de empleo que redunde en la cohesión económica, social y territorial, pasa por el objetivo energético, que, según declara dicha Estrategia, puede redundar en el empleo, pues el objetivo del 20% de eficacia energética afectaría a más de un millón de empleos, mientras que el objetivo del 20% en fuentes de energía renovable tiene por sí mismo un potencial creador de 600.000 puestos de trabajo en la Unión Europea.

Sin embargo, y pese a constituir, en términos formales, uno de los tres ejes básicos de la reforma laboral en materia de empleo³³⁰, la reforma de 2010 no se refiere ni se vincula en modo alguno a tales objetivos³³¹, aunque el Presidente del Gobierno,

³²⁹ A tales efectos, la Disposición adicional segunda de la Ley 43/2006 definía como tales a cinco colectivos, concretamente el de los perceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma; a las personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por falta de periodo exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora o por haber agotado el periodo máximo de percepción legalmente establecido; a los jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de instituciones de protección de menores; a las personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social; a los internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos; y a los menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2002, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo, así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los *ex* internos.

³³⁰ Vid. la reseña en la web del propio Ministerio, <http://www.tt.mtin.es/periodico/Laboral/201011/LAB20101112.htm>.

³³¹ Ni lo hacen las políticas de empleo autonómicas. Entre las más recientes, la Ley 19/2010, de 22 de diciembre, *de medidas financieras y de creación del Ente Público Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León* (BOE de 11 de enero de 2011), modifica en el art. 31 su anterior Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de Medidas Financieras (nueva redacción del art. 33.1), para determinar los criterios y/o colectivos principales de las políticas activas de empleo, estableciendo subvenciones para los siguientes: los que promuevan la contratación de trabajadores en

José Luís Rodríguez Zapatero, en manifestaciones realizadas en la cumbre del G-20 de 2010, afirmara que las expectativas de creación de empleo verde en un plazo de diez años son de un millón de puestos de trabajo, advertido el crecimiento del sector de un 235% en los años más recientes, por el momento limitados a un total del 2,62% de la población ocupada, concentrada en cuatro Comunidades autónomas [(93.660), Andalucía (91.517), Madrid (62.494) y Valencia (54.279)]³³². Objetivos asimismo marcados por la Directiva 2009/28/CE del 20% de consumo final de energías renovables para el año 2020, aunque la Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible*, se declara responsable de su cumplimiento y en la Disposición adicional décima impulsa los sectores productivos vinculados con ciencia e innovación y mayor capacidad de internacionalización, como ya se ha mencionado, con adopción de medidas nacidas del “diálogo social reforzado”, en los sectores productivos más vinculados con el desarrollo de las actividades de ciencia e innovación y con mayor capacidad de internacionalización, en particular *la automoción, la biotecnología, la agroalimentación, las tecnologías sanitarias y farmacéuticas, las TIC y los contenidos digitales, la química, los sectores relacionados con la protección medioambiental, incluyendo las energías renovables y la eficiencia energética, el sector aeroespacial y la máquina-herramienta*. Se desconoce el contenido de las medidas que traducirán este mandato, pero es innegable que han de referirse necesariamente al empleo en el sector, de acuerdo asimismo con la Estrategia Europa 2020, cuyas propuestas se recogen precisamente en la Ley³³³, amén de a la formación en el empleo, a la que alude en particular el capítulo VII de la Ley. Parece encaminarse en este sentido el Real Decreto ley 1/2011, de 11 de febrero, *de medidas urgentes para promover la transición al*

el ámbito de las nuevas tecnologías, la reordenación del empleo en el sector de la ayuda a domicilio, el empleo estable para jóvenes, mujeres y colectivos que presentan especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, la realización de contratos formativos, las nuevas contrataciones por organización del tiempo de trabajo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el autoempleo en la fase de inicio y de consolidación del negocio, el empleo dirigido a facilitar la conciliación de la vida laboral con la familiar, la formación específica realizada por empresas con compromiso de contratación, dentro de la Formación Profesional ocupacional incluidos en el Plan de Empleo Regional, la contratación de trabajadores con discapacidad en las empresas ordinarias, y la contratación por las empresas de inserción de trabajadores en situación o riesgo de exclusión social. El Plan se sitúa en las mismas líneas del Plan Estatal, pero no se cita explícitamente el empleo verde, salvo el que pudiera ligarse a las nuevas tecnologías.

³³² Fuente: Observatorio de la Sostenibilidad en España y la Fundación Biodiversidad (Informe *Empleo verde en una economía sostenible*). Este tema se desarrolla en mayor amplitud en RIVAS VALLEJO, P.: “El objetivo: integrar la tutela al medio ambiente en el marco de las relaciones laborales”, en (MONEREO PÉREZ, J.L.-RIVAS VALLEJO, P., dirs.): *La prevención de los riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*. Comares, Granada, 2011.

³³³ En el documento citado se afirma que “los Estados miembros necesitarán: “eliminar las subvenciones que producen un deterioro medioambiental, limitando las excepciones a las personas con necesidades sociales; desplegar instrumentos basados en el mercado, como incentivos fiscales y contratación pública, para adaptar los métodos de producción y consumo; desarrollar infraestructuras de transporte y energía inteligentes, modernizadas y totalmente interconectadas y usar plenamente las TIC; garantizar una aplicación coordinada de proyectos de infraestructura como parte de la red básica de la UE, que contribuyan prominentemente a la eficacia del sistema general de transporte de la UE; centrarse en la dimensión urbana del transporte, donde se generan gran parte de la congestión y las emisiones; utilizar la reglamentación, las normas de la construcción e instrumentos de mercado tales como impuestos, subvenciones y contratación pública para reducir el consumo de energía y recursos y utilizar los Fondos Estructurales para invertir en la eficacia energética de los edificios públicos y en un reciclaje más eficaz; e incentivar instrumentos de ahorro de energía que podrían incrementar la eficacia en sectores con gran consumo de energía, como los basados en el uso de las TIC”... o “renovar la estrategia de la UE de promover la responsabilidad social de las empresas como elemento clave para contar con la confianza a largo plazo de empleados y consumidores”.

empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, que nace como resultado del *Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones*, cuando tanto en el Preámbulo como en su art. 2.3 b) se refiere a los “sectores emergentes”, e incluye entre las acciones de *empleabilidad* la de “participar en medidas de política activa de empleo encaminadas a la recualificación y/o reinserción profesional necesarias para que puedan incorporarse a nuevos puestos de trabajo, *especialmente en sectores emergentes* y con mayor potencial de crecimiento”.

Y, en la línea que se analiza, de la contratación estable, bien podrían haber dado lugar a la inclusión de un supuesto de contratación incentivada dirigida al sector de los empleos verdes, asumiendo el hecho irrefutable de que es un factor que puede jugar a favor de la competitividad de las empresas españolas y el empleo³³⁴.

4. El ámbito subjetivo del fomento de la contratación por tiempo indefinido: los colectivos “marginales” para el mercado de trabajo y el fomento de la desigualdad.

4.1. Desempleo discriminatorio y fomento de la contratación estable. ¿Por qué llamar “fomento” al “sacrificio”?

El *desempleo discriminatorio* se encuentra en el origen de la creación de la figura del “contrato para el fomento de la contratación indefinida” en la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de *Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida*. Según el Preámbulo a la Ley 35/2010, “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”, justifica la ampliación de los colectivos a los que se reservó la modalidad de contratación “de fomento” en el año 1997.

De acuerdo con estas premisas, la Ley 35/2010 se dirige al fomento del empleo de ciertos colectivos con dificultades especiales de *empleabilidad* instalados en el desempleo: las personas discapacitadas y las mujeres³³⁵, en particular, que forman el universo compuesto por jóvenes de entre dieciséis y treinta años, mayores de cuarenta y cinco años, mujeres desempleadas con las adiciones de nuevos colectivos “con estigma social”, personas con discapacidad, desempleados de más de un mes o cuyo último contrato haya sido temporal, desempleados que en los dos años anteriores estuvieran vinculados con contrato por tiempo indefinido y hayan sido despedidos, trabajadores con contrato temporal transformado en fijo antes del 31 de diciembre de 2010, o trabajadores contratados con contrato temporal a partir de la entrada en vigor de la reforma. En particular, se destina a los siguientes colectivos, que resultan de la ampliación de los originariamente incluidos, en la misma línea de la Ley 43/2006, que abrió el contrato a nuevos colectivos de mujeres desempleadas:

³³⁴ Vid. un tratamiento más exhaustivo en: AAVV, Comunidad de Madrid: *Yacimientos de empleo en la gestión ambiental*. Escuela Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos de Madrid-Consortio Real Local, 1997; JIMÉNEZ, Ed.-BARREIRO, F.-SÁNCHEZ, J.E.: *Los nuevos yacimientos de empleo*. Fundación CIREM- Icaria, 1998; CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: *Nuevos yacimientos de empleo en España. Potencial de crecimiento y desarrollo futuro*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998; INSTITUT FRANÇAIS DE L'ENVIRONNEMENT (IFEN): *Emploi et Environnement*. 2002; SERNA, J.: *Empleo Verde. Tres cooperativas ecológicas*. Ed. Icaria, 1999.

³³⁵ Según AGETT, Asociación de Grandes Empresas de Trabajo Temporal, el 44% de los desempleados mayores de cuarenta y cinco años en España son mujeres.

A) *Nuevas contrataciones* celebradas con personas desempleadas inscritas en el Servicio Público de Empleo en quienes concurra alguna de las siguientes condiciones:

- 1) Jóvenes desde dieciséis hasta treinta años de edad, ambos inclusive.
- 2) Mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino; mujeres en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha del parto o de la adopción o acogimiento de menores; mujeres desempleadas que se reincorporen al mercado de trabajo tras un período de inactividad laboral de cinco años; mujeres desempleadas víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos.
- 3) Mayores de cuarenta y cinco años de edad.
- 4) Parados que lleven, al menos, un mes inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo.
- 5) Personas con discapacidad.
- 6) Desempleados que durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, hubieran estado contratados exclusivamente mediante contratos de carácter temporal, incluidos los contratos formativos.

B) Conversión de contrataciones temporales en contrataciones por tiempo indefinido:

- 1) Trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010, a quienes se les transforme dicho contrato en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2010.
- 2) Trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados a partir del 18 de junio de 2010.

Sin embargo, no puede ignorarse que esta medida legislativa sigue estando en la línea de *sacrificar al más desfavorecido*. En realidad, el fomento del empleo tiene la connotación, bajo la forma de incentivos empleada, de constituir fomento de la discriminación, y selección de individuos más castigados por el desempleo para ingresar en la categoría de los trabajadores de segunda, cuya estabilidad en el empleo es mucho más débil que la de los trabajadores “de primera” o con contratos estables tradicionales.

Las soluciones drásticas parece que se condicionan al movimiento de las piezas más débiles del juego del empleo: los colectivos menos favorecidos por el empleo y más expuestos a la precariedad laboral se convierten en moneda de cambio de la política de empleo. A título de ejemplo, los colectivos de mujeres desempleadas, contratadas en los veinticuatro meses siguientes al parto, o después de cinco años de inactividad con

previo periodo de actividad de tres años, han sustituido sus beneficios anteriores, previstos en la Ley 43/2006 y consistentes en bonificaciones en las cuotas de Seguridad social durante los cuatro primeros años de vida del contrato, que suponían un ahorro económico de 850 a 1.200 euros anuales para las empresas contratantes, por el abaratamiento del coste del despido, que además puede presentarse impunemente como objetivo improcedente (850/1200 euros por treinta y tres días de salario –menos los ocho correspondientes a FOGASA- y el ahorro de la amortización del puesto de trabajo). Por tanto, *las trabajadoras absorben esa ampliación de las ventajas económicas para las empresas*. Obsérvese un posible efecto de este marco legal: partamos de la contratación bajo la figura del fomento de la contratación indefinida de personas con discapacidad o de víctimas de violencia de género, que forman parte de una intersección: la conformada por el colectivo contratable bajo esta modalidad y la que da lugar a la exención del 100% de la cuota empresarial por contingencias comunes durante el primer año de vida del contrato. Estas contrataciones suponen a las empresas un triple ahorro: el 100% (o en las empresas de más de 250 trabajadores el 75%) de las cuotas empresariales por contingencias comunes durante un año, el coste del despido objetivo improcedente en doce días de reducción (33 días/año sobre los 45 ordinarios), amén de las facilidades para llevarlo a cabo (presunción de legalidad). Pues bien, para ambos colectivos el marco legal descrito puede suponer la contratación por un año y despido objetivo improcedente transcurrido dicho año con indemnización equivalente a 33 días de salario (y prorrateo por meses de los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades), ya financiado por la exención de las cuotas a la Seguridad social, asumiendo la empresa la posible pérdida de nuevos incentivos durante los doce meses siguientes. Y, por tanto, hace a tales medidas susceptibles de convertirse en estrategia de contratación basada puramente en costes económicos, *lejanas a la pretendida estabilización de trabajadores con especiales dificultades de empleabilidad dentro del mercado de trabajo*.

En resumidas cuentas, la *archicommentada* dualidad del mercado de trabajo se convierte por esta vía en una triplicidad, en tanto que se ha acabado construyendo un triple estrato de trabajadores: los favorecidos por contratos estables, los sujetos a contratos estables de fomento, y los contratados por tiempo determinado.

Si se considera que en términos económicos, los empleados en definitiva por las empresas, las decisiones de contratación están condicionadas por los costes futuros del despido (BENTOLILA CHOCRÓN³³⁶), la opción por la contratación estable pierde peso frente al abaratamiento de las extinciones de los contratos temporales, en un contexto de dualidad como es el español. Si la Ley 35/2010 pretende enfrentarse a la dualidad creada por la propia política de empleo española precedente, impulsada desde los años 80, la elevada fragmentación de ambos tipos de asalariados dificulta seriamente el éxito de cualquier medida que se impulse, a menos que ésta sea contundente y eficaz, y no parece que las dispuestas en la citada ley tengan semejante carácter, si se limitan a ampliar los colectivos susceptibles de contratación mediante esta modalidad y las medidas destinadas a restringir la contratación temporal tienen el carácter contradictorio propio de las contenidas en la reforma laboral de 2010 (mejora de las restricciones al encadenamiento de contratos temporales, junto con la ampliación de la estabilidad a corto plazo, plasmada en el contrato de *fijo de obra*). Mientras que se admite el propio

³³⁶ BENTOLILA CHOCRÓN, J.: “Las causas de los despidos económicos. Una perspectiva económica”. Ponencia presentada al curso *El despido y la crisis económica*, dirigido por A. DESDENTADO BONETE, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Madrid, 21 a 23 de febrero de 2011, p. 15.

reconocimiento de la empresa del carácter improcedente del despido y se mantiene la figura del “despido exprés”.

Por otra parte, la doctrina iuslaboralista ya ha puesto de manifiesto que estamos en realidad ante un “artificio técnico”³³⁷, consistente en desarrollar un largo y complejo listado de colectivos destinatarios de esta modalidad contractual, empleado para encubrir la universalización de la figura (LUJÁN ALCARAZ), tras su progresiva ampliación desde su creación en 1997. Y que, en realidad, basta con el transcurso de un mes de espera en el desempleo para que su aplicabilidad sea general, y anticipable respecto de tales colectivos específicos. Inevitable resulta preguntarse qué justifica el plazo de un mes (desde los iniciales doce de su creación), si no es para disipar cualquier duda respecto de la conexión del contrato con anteriores contrataciones y de ahí la fijación de la fecha de antigüedad del trabajador en la empresa.

La actual configuración de esta modalidad contractual viene a sustituir en realidad, sin atreverse a hacerlo formalmente por su impacto conceptual y crítico, al tradicional contrato por tiempo indefinido, optando por vía alternativa de mantener su régimen clásico –y por tanto su régimen indemnizatorio en caso de despido improcedente- a los puros efectos formales, para extender el uso de sus especialidades, en lugar de integrarlas con carácter general en la figura clásica, por la ruptura conceptual que ello podría suponer. A los efectos prácticos, lo cierto es que tal sustitución ya se ha realizado legalmente, aunque no lo haya sido abiertamente.

Asimismo incide, abunda y magnifica el efecto discriminador de la dualidad en la contratación, por cuanto, además del efecto que sobre ciertos colectivos supone su selección como mano de obra más barata, la reforma consolida una forma de contratación inestable que afecta a un sector, precisamente el más castigado por la destrucción de empleos: el sector de la construcción. En efecto, la Disposición Adicional Primera de la Ley 35/2010 (como novedad frente a su precedente el Real Decreto ley 10/2010), salva de los mecanismos fortalecedores de la estabilidad a los contratos de “fijo de obra”, tal y como puedan ser regulados en la negociación colectiva, a la que se refiere la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, *reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*. Al mismo tiempo que en su disposición adicional tercera, sobre «Negociación colectiva y calidad en el empleo», traslada a la negociación colectiva el compromiso de la mejora de la estabilidad en tal sector. A tal efecto, autoriza a la negociación colectiva de ámbito estatal, “con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción”, a “adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación”, es decir, a la citada figura del “contrato fijo de obra” creado por el I Convenio General del sector de la Construcción de 1992. Como contrapartida, el colectivo es expresamente incluido en las acciones de mejora de la *empleabilidad* previstas en el art. 3.1 del Real Decreto ley 1/2011, de 11 de febrero, a desarrollar por los Servicios Públicos de Empleo en el periodo comprendido entre el 13 (14) de febrero de 2011 y el 13(14) de febrero de 2012.

³³⁷ Otros autores son aún más críticos con el sentido de la reforma, como es el caso de MOLINA NAVARRETE, que la califica de “gran teatro” y de “galería de los disparates” (“Un nuevo acto del “gran teatro” de la reforma laboral 2010: una reforma “para reformar” o de la “galería de los disparates”. CEF Trabajo y Seguridad Social. N° 31. Octubre 2010).

Todo ello significa que hay ciertos colectivos sobre los que, por sus menores índices de *empleabilidad*, los legisladores redundan en hacerles tributarios de un trato peyorativo, justificado por la necesidad de su inserción laboral, si bien las altas de desempleo registradas provocan, por acción de esta reforma, que cualquier trabajador que pierda el empleo no tenga en lo sucesivo ninguna oportunidad de contratación por tiempo indefinido ordinario, o, lo que es lo mismo, que pase automáticamente de la franja A de trabajadores a la franja B –extinciones con 8 a 12 días de indemnización, dada la aplicación progresiva de ésta establecida en la Disposición transitoria decimotercera del ET, o bien de 33 días en el mejor de los casos-. Lo que supone en la práctica la supresión con carácter vitalicio de la indemnización tradicional por despido improcedente de 45 días para 4.000.000 de personas y las que en los próximos meses irán engrosando la lista del desempleo. Situación que podría representarse mediante la siguiente tabla:

EXCLUIDOS DE CONVERSIÓN A INDEFINIDOS POR ENCADENAMIENTO SUCESIVO DE CONTRATOS	Colectivos destinatarios	Colectivos prioritariamente contratados bajo esta modalidad (en la práctica)	Colectivos situados en la franja B de la contratación (franja A: trabajo estable tradicional)
Contratos formativos	Jóvenes sin formación	Jóvenes	Jóvenes
Contratos de relevo	--	Desempleados	Desempleados
Interinidad	--		
Contratos temporales en el marco de programas públicos de empleo-formación	Jóvenes sin formación	Jóvenes (sin formación) Extranjeros	Jóvenes (sin formación) Extranjeros
Contratos temporales utilizados por empresas de inserción como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado	Desempleados	Desempleados	Desempleados
Contratos celebrados al amparo de la LO 6/2001	Investigadores ³³⁸	Jóvenes	Jóvenes
CONVERSIONES DE CONTRATOS	Trabajadores temporales		

³³⁸ Algunos programas de estabilización de investigadores en el ámbito de la Sanidad se han llevado a término en el marco de acuerdos entre la Administración autonómica y la central: así, con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por Resolución de 20 de enero de 2011, del Instituto de Salud Carlos III, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el programa de estabilización de investigadores y de intensificación de la actividad investigadora en el Sistema Nacional de Salud; con la Comunidad Autónoma del País Vasco, por Resolución de 20 de enero de 2011, del Instituto de Salud Carlos III, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el programa de estabilización de investigadores y de intensificación de la actividad investigadora en el Sistema Nacional de Salud, con la Comunidad Foral de Navarra, por Resolución de 20 de enero de 2011, del Instituto de Salud Carlos III, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Foral de Navarra, en el programa de estabilización de investigadores y de intensificación de la actividad investigadora en el Sistema Nacional de Salud, o con la Comunitat Valenciana, por Resolución de 20 de enero de 2011, del Instituto de Salud Carlos III, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunitat Valenciana, en el programa de estabilización de investigadores y de intensificación de la actividad investigadora en el Sistema Nacional de Salud, entre otros.

TEMPORALES EN CONTRATOS POR TIEMPO INDEFINIDO			
	Trabajadores empleados en la misma empresa con un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los formativos, anteriores a 18-6-2010, a quienes se les transforme dicho contrato en un contrato de fomento de la contratación indefinida antes del 31-12-2010	Trabajadores temporales contratados por la empresa anteriormente	Trabajadores temporales
	Trabajadores empleados en la misma empresa con contrato de duración determinada o temporal, incluidos los formativos, celebrados a partir del 18-6-2010	Trabajadores temporales contratados por la empresa anteriormente	Trabajadores temporales
CONTRATO DE FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA	Colectivos de desempleados destinatarios		
	Jóvenes desde dieciséis hasta treinta años de edad	Jóvenes	Jóvenes
	Mujeres desempleadas para profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino	Mujeres	Mujeres
	Mujeres en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha del parto o de la adopción o acogimiento de menores	Mujeres	Mujeres
	Mujeres desempleadas que se reincorporen al mercado de trabajo tras un período de inactividad laboral de cinco años	Mujeres	Mujeres
	Mayores de cuarenta y cinco años de edad	Mayores de 45 años	Mayores de 45 años
	Parados que lleven, al menos, un mes inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo	Desempleados en general	Desempleados en general (apertura de la diferencia de trato a todos los desempleados, incluidos o no en las categorías anteriores, pero donde la incidencia será mayor

			precisamente en los colectivos menos <i>empleables</i>)
	Personas con discapacidad	Personas con discapacidad	Personas con discapacidad
	Desempleados que durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, hubieran estado contratados exclusivamente mediante contratos de carácter temporal , incluidos los contratos formativos (en misma o <i>distinta</i> empresa)	Desempleados temporeros	Desempleados temporeros
CONTRATO FIJO DE OBRA	Trabajadores de la construcción	Trabajadores de sexo masculino	Trabajadores de sexo masculino
CONTRATOS TEMPORALES	Todos	Todos	Estadísticamente, mayor implantación entre los colectivos anteriores
PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO	CONTRATOS TEMPORALES	CONTRATOS DE FOMENTO DEL EMPLEO ESTABLE	CONTRATOS POR TIEMPO INDEFINIDO ORDINARIOS
Volumen	Hipotéticos: +4.000.000 de desempleados actuales y los futuros + Contratos temporales actuales: 90.79% de los contratos totales	Hipotéticos: +4.000.000 de desempleados actuales y los futuros	9,21% de los contratos totales + hipotéticos nuevos contratos (¿??)
Indemnizaciones	8, 9, 10, 11 o 12 días de indemnización, según el año (2011, 2012... 2015)	33 días por despido improcedente incluso reconocido por el empresario Presunción de causa (y procedencia) en caso de despido objetivo ⇨ 20 días por despido objetivo	45 días de salario por despido improcedente

Algunos de los anteriores son objeto de las acciones de mejora de la *empleabilidad* previstas en el art. 3.1 del Real Decreto ley 1/2011, de 11 de febrero, que se refiere como destinatarios a jóvenes, mayores de 45 años en situación de desempleo de larga duración, personas procedentes del sector de la construcción y de otros afectados por la crisis que, dentro de estos colectivos, tengan baja cualificación. Tales acciones de mejora de su *empleabilidad* consistirán en “itinerarios individuales y personalizados de empleo, que incrementen sus oportunidades de ocupación”, según las directrices que debe marcar el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, en las presentes fechas (reflejado en un protocolo de coordinación, aplicación y seguimiento de la puesta en marcha de esta medida, evaluando de manera continua los resultados para realizar los ajustes y mejoras necesarios, art. 3.2), fundamentalmente de tipo

formativo, con una novedad importante: la participación de los desempleados en la formación profesional continua de los ocupados (en un porcentaje de entre un 20% y un 40% de los desempleados, art. 4). Pero que se concretan, respecto del colectivo de “jóvenes con especiales problemas de cualificación”, en la formación en la empresa, “favoreciendo para ello la utilización de los contratos formativos y cuantas otras medidas faciliten su transición de la educación al trabajo” (art. 3.5 del Real Decreto ley 1/2011, de 11 de febrero), y que se vinculan, de acuerdo con las premisas de la Ley 35/2010, al itinerario escolar previo, para completar la formación en caso de abandono escolar temprano. En la misma línea, el capítulo VII de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible*, se propone reforzar la calidad de la formación profesional, con participación de interlocutores sociales (art.74) y colaboración de las empresas (art. 75), y financiación del Fondo de Economía Sostenible (art. 112)³³⁹.

Por otra parte, los colectivos citados son asimismo considerados “colectivos prioritarios” de la política de empleo en el nuevo art. 19 octies de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (introducido por el art. 9 del RDley 3/2011), y en concreto de “programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo”. De nuevo los destinatarios son, “especialmente”, los jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, las mujeres, los parados de larga duración, los mayores de 45 años, las personas con discapacidad o en situación de exclusión social, y los inmigrantes. A éstos serán de aplicación, según establece la Disposición transitoria segunda del Real Decreto ley 3/2011, los itinerarios individuales y personalizados de empleo, que se aplicarán gradualmente en tres fases (año 2011, año 2012 y año 2013, en el que se extenderá a toda la población desempleada, superando su concentración en colectivos prioritarios), y que se inician en el año 2011 precisamente con los citados en el Real Decreto-ley 1/2011, es decir, jóvenes, mayores de 45 años en situación de desempleo de larga duración, personas procedentes del sector de la construcción y de otros afectados por la crisis que, dentro de estos colectivos, tengan baja cualificación.

En todo caso, la revisión de la conveniencia del contrato de fomento de la contratación indefinida a la que apela el apartado sexto de la reformada D.A.1ª de la Ley 12/2001, que debe realizarse antes del 31 de diciembre de 2012, habrá de incidir en este aspecto, amén de en la eficacia de la medida en el fomento del empleo.

4.2. Personas con discapacidad.

Respecto del colectivo de personas con discapacidad, la citada ley (Ley 35/2010) ordena en su disposición adicional vigésimo cuarta al Gobierno que, *en el plazo de doce meses, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, proceda a la revisión del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo* (así como a regular las cuestiones relacionadas con los supuestos de sucesión o subrogación empresarial que afecten a los trabajadores con discapacidad o a los centros especiales de empleo), y al estudio, *en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas*

³³⁹ La Disposición final vigésima modifica la *Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional*, para abrir la formación profesional a los profesores de enseñanza secundaria en régimen de compatibilidad, y crear un sistema integrado de información y orientación profesional a los ciudadanos, trabajadores y empresas.

*con Discapacidad 2008-2012, de las medidas oportunas para mejorar la empleabilidad de las personas con capacidad intelectual límite que no alcancen un grado de discapacidad mínimo del 33 por ciento*³⁴⁰.

Por otra parte, se introducen nuevas medidas antidiscriminación en la Disposición adicional undécima de la misma ley, por las que se reforma el art. 17.1.1 ET, que declara la nulidad de *los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español*. El control de la discriminación directa o indirecta en el empleo por cualquiera de las causas citadas, de entre las que nos interesan en particular la discapacidad, el sexo o la edad, contenidas en los convenios colectivos, sitúa el diálogo social en materia de empleo dentro de la estricta órbita de la igualdad y no discriminación. Amén de incorporar ya expresamente la terminología ajustada a lo establecido en la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, que sustituye al arcaico “minusválidos” por el de “personas con discapacidad”.

Sin embargo, estas declaraciones legales chocan con otra realidad, incluso jurídica y hasta con las propias reglas de funcionamiento del mercado de trabajo que introduce la Ley 35/2010. En particular en materia de edad la citada cláusula legal es contradictoria incluso con la propia doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se ha pronunciado reiteradamente a favor de la fijación de jubilaciones forzosas en los convenios colectivos. Entre las últimas ocasiones, en sendas sentencias de 12 de octubre de 2010, asuntos *Rosendbladt/Oellerking Gebäudereinigungsges.mBH, C-45/09*, e *Ingeniørforeningen i Danmark/Region Syddanmark, C-499/08*, para convalidar cláusulas convencionales que, vinculadas al empleo, expulsan del mismo a los trabajadores de más edad, dando carta de naturaleza a la “selección natural” de individuos para el reparto de los escasos puestos de trabajo que ofrece nuestro mercado y que legitima primar a unos individuos sobre otros en la distribución equitativa de un bien tan escaso, atendiendo al previo disfrute del mismo por aquéllos en su vida laboral precedente. Por lo que se autoriza la expulsión desde dentro, mas no en el acceso al empleo. Otro tanto puede afirmarse por lo que respecta a la discapacidad, que, al igual que sucede con el colectivo de trabajadores de más edad, tampoco se encuentra entre los objetivos principales de las medidas de fomento del empleo en la negociación colectiva (que asimismo ignora a todos los colectivos afectados por enfermedades crónicas o de larga duración que no cuenten con una declaración oficial de discapacidad).

³⁴⁰ Por otra parte, la disposición transitoria undécima de la misma ley amplía el plazo para la aplicación de la medida prevista en el último párrafo del artículo 5.2 del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, consistente en establecer como duración máxima del contrato la de seis años, hasta el 31 de diciembre de 2012, y del mismo modo prevé que, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con discapacidad, el Gobierno pueda modificar el régimen de duración de los enclaves laborales.

La propia Comisión Europea señala en *Estrategia 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, que el nivel de empleo es inferior en el conjunto de los países de la Unión respecto de otras partes del mundo, y ello se concentra en un porcentaje significativamente menor de población femenina trabajadora, rasgo compartido con los trabajadores de más edad: “solo el 63 % de las mujeres trabajan, en comparación con un 76 % de los hombres, y solo el 46 % de los trabajadores más mayores (55-64 años) tienen un empleo, en comparación con más del 62 % en Estados Unidos y Japón”. El desempleo ataca claramente a los colectivos situados en la línea de riesgo del empleo, cuya subsistencia depende de las fluctuaciones de la tasa de empleo. En definitiva, a situaciones drásticas, medidas drásticas... aunque signifiquen establecer prioridades y por tanto una clara opción legal por favorecer la distribución del empleo relegando a un segundo plano la igualdad de oportunidades, incómoda en situaciones de urgente necesidad como la que caracteriza la intervención frente a la destrucción masiva de empleos.

Dicho lo cual, y entrando en el análisis del contrato respecto del colectivo de personas con discapacidad, lo cierto es que la Ley 35/2010 no altera de manera directa su contratación por la vía del fomento de la contratación por tiempo indefinido, por lo que sólo su impacto indirecto, en la medida en que tales trabajadores hubieran suscrito contratos formativos que sean objeto de conversión en indefinidos y considerando que su contratación temporal ya venía bonificada por la Ley 43/2006, pudiera determinar algún efecto sobre el volumen de empleo de estas características, teniendo asimismo en cuenta que las mayores bonificaciones, aplicables durante toda la vida del contrato, se aplican a este colectivo (hasta 6.300 euros anuales³⁴¹). Todo a salvo de la adaptación de la terminología empleada, al haberse sustituido el obsoleto “minusválidos” por el de “personas con discapacidad”. Sin embargo, queda en el aire cuál es el impacto real sobre el colectivo que surge de la intersección de varias de las causas que justifican el recurso a esta contratación y cuyo fomento pretenden nuestros legisladores, v.g. la discapacidad sumada al género, y que a su vez constituye el presupuesto de hecho del concepto de la multidiscriminación o discriminación múltiple. En este caso, las personas discapacitadas que a su vez sean del género femenino sí habrían experimentado la ampliación subjetiva a la que se hace mención, si bien bajo su condición relativa al género y no a la discapacidad, amén del régimen de bonificaciones ampliado que se adapta a la intersección de ambos elementos cuando se trate de trabajadoras menores de 45 años que (4.500 y 5.350 euros anuales para hombres y mujeres respectivamente, que no padezcan discapacidad severa, y 5.100 y 5.950 euros anuales para quienes sí la padezcan), pues para los mayores de dicha edad las bonificaciones se equiparan en 5700 o 6.300 euros anuales según padezcan o no discapacidad severa.

Por otra parte, el régimen de subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo, eliminación de barreras o dotación de medios de protección personal (de hasta 901,52 euros), no compensa en sí mismo las obligaciones de adaptación de puestos de trabajo que, en términos de coste económico, incitan a las empresas a la contratación de este colectivo, pese a las bonificaciones en las cuotas a la Seguridad social.

³⁴¹ Vid. <https://www.redtrabaja.es/es/portaltrabaja/resources/pdf/contratos/Fcontratos.pdf>.

4.3. Mujeres.

En el ámbito del contrato para el fomento de la contratación indefinida, la modificación de la Disposición adicional primera de la Ley 12/2001, relativa al “contrato para el fomento de la contratación indefinida”, implica la ampliación del listado oficial de “desfavorecidas” con opción a dicha contratación, para incluir a las mujeres en desempleo durante el periodo de los dos años inmediatamente posteriores a la fecha del parto o de la adopción o acogimiento de menores (o, lo que es lo mismo, las que hayan perdido el empleo por tal causa); las mujeres desempleadas que se reincorporen al mercado de trabajo tras un período de inactividad laboral de cinco años (¿por qué cinco?); o las mujeres desempleadas víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos (supuesto concorde con el nuevo tipo penal previsto en el art. 177 bis del Código Penal, LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS³⁴²). Situaciones ya previstas con anterioridad, salvo la trata de seres humanos, producto de la reforma del Código penal, como supuestos de bonificación en las cotizaciones, y que ahora se integran como presupuesto para la contratación, por supuesto igualmente bonificada.

La Ley 12/2001 ya había incorporado el supuesto de fomento del empleo femenino en profesiones u ocupaciones con infrarrepresentación femenina, que se había definido en la Orden de 16 de septiembre de 1998, *sobre fomento del empleo estable de mujeres en profesiones y ocupaciones con menor índice de empleo femenino*, con un espectro universal, al entender que dicha situación se producía en todas las incluidas en la Clasificación Nacional de Ocupaciones (aprobada por RD 917/1994, de 6 mayo), salvo las listadas en el Anexo de la primera³⁴³. Pero en esta ocasión se incide en el

³⁴² LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R.: “El acceso al mercado de trabajo en la reforma laboral”, Ponencia al Curso del Consejo General del Poder Judicial “Últimas reformas en materia laboral y de seguridad social”, Escuela Judicial, Madrid, 31 de enero de 2011, p. 28.

³⁴³ Concretamente, las siguientes: 2111. Biólogas, Botánicas, Zoólogas y asimiladas; 2112. Patólogas, Farmacólogas y asimiladas; 212. Médicas y Odontólogas; 213. Veterinarias; 214. Farmacéuticas; 221. Profesoras de Universidades y otros centros de Enseñanza Superior; 222. Profesoras de Enseñanza Secundaria; 223. Otras profesionales de la enseñanza; 23. Profesionales del Derecho; 243. Sociólogas, Historiadoras, Filósofas, Filólogas, Psicólogas y asimiladas; 252. Archiveras, Bibliotecarias y profesionales asimiladas; 2711. Profesionales de nivel medio en Ciencias Biológicas y asimiladas; 272. Enfermeras; 281. Profesoras de Enseñanza Primaria e Infantil; 282. Profesoras de Educación especial; 283. Profesorado Técnico de Formación Profesional; 2912. Graduadas Sociales y asimiladas; 292. Ayudantes de archivos, bibliotecas y asimiladas; 293. Diplomadas en Trabajo Social; 31. Técnicas de las Ciencias Naturales y de la Sanidad; 321. Técnicas en Educación Infantil y Educación Especial; 3314. Agentes de viaje; 3411. Secretarías Administrativas y asimiladas; 3412. Profesionales de apoyo de servicios jurídicos y servicios similares; 342. Profesionales de carácter administrativo de aduanas, tributos y asimilados que trabajan en tareas propias Administraciones públicas; 353. Profesionales de apoyo de Promoción social; 3541. Decoradoras y Diseñadoras Artísticas; 4. Empleadas de tipo administrativo; 501. Cocineras y otras preparadoras de comidas; 502. Camareras, bármanes y asimiladas; 511. Auxiliares de Enfermería y asimiladas; 512. Trabajadoras que se dedican al cuidado de personas y asimiladas (excepto Auxiliares de Enfermería); 513. Peluqueras, especialistas en tratamiento de belleza y trabajadoras asimiladas; 5141. Azafatas o Camareras de avión y barco; 5143. Guías y Azafatas de tierra; 515. Mayordomas, ecónomas y asimiladas; 519. Otras trabajadoras de servicios personales; 531. Modelos de moda, arte y publicidad; 533. Dependientas y exhibidoras en tiendas, almacenes, quioscos y mercados; 774. Artesanas de la madera, de textiles, del cuero y materiales similares; 78. Trabajadoras de la industria de la alimentación, bebidas y tabaco; 793. Trabajadoras de la industria textil, la confección y asimiladas; 7942. Zapateras, marroquineras y guantería de piel; 8361. Operadoras de máquinas de preparar fibras, hilar y devanar; 8362. Operadoras

desempleo femenino motivado por situaciones típicamente feminizadas: las desvinculaciones del empleo ocasionadas por el nacimiento, adopción o cuidado de hijos (u otros familiares), en uno y otro caso con efecto temporal inmediato o diferido (suspensiones por parto o adopción/acogimiento o excedencias... o simples periodos de inactividad de larga duración), y las vinculadas a la violencia machista (aunque el art. 2.4 de la Ley 43/2006, se refiere también a las víctimas de violencia doméstica para la aplicación de bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social), o como víctima de trata de seres humanos, que va a requerir pronunciamiento expreso, o, lo que es lo mismo, al tráfico de mujeres víctimas de redes de prostitución, así como de *otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares, servidumbre y extracción de órganos* (así se define en el *Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual* del extinto Ministerio de Igualdad³⁴⁴). Este último supuesto, dado el índice real de denuncias de situaciones de trata con fines de explotación sexual, no tiene evidentemente una finalidad de fomento del empleo y una expectativa real de crecimiento del volumen de empleo, sino una finalidad protectora distinta, que se inserta entre las medidas analizadas, aun cuando su fundamento puede hallarse en el objetivo tercero del *Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual* (“mejorar los servicios de atención a las víctimas”), en el que se establece un compromiso gubernamental de establecer cuatro concretas medidas de atención, entre las que se encuentra “facilitar la inserción laboral de las víctimas de trata”, en cumplimiento de las *Recomendaciones del Consejo de la Unión Europea sobre identificación y derivación a los servicios apropiados de las víctimas de la trata de seres humanos*, de 19 de octubre de 2007. Asimismo, la acción 5 las designa como colectivos beneficiarios de programas formativos (“inclusión de las víctimas de trata con fines de explotación sexual entre los colectivos beneficiarios de los programas de formación para el empleo”).

Siendo amplio en cifras el ámbito subjetivo al que se destina este supuesto, pues España es lugar preferente de destino de víctimas procedentes de Colombia, República Dominicana, Nigeria, Rusia, Ucrania, Rumania, Bulgaria, Brasil, Croacia, República Checa, Hungría, Marruecos, Polonia y otros países (Informe de Naciones Unidas

de telares y otras máquinas tejedoras; 8363. Operadoras de máquinas de coser y bordar; 8364. Operadoras de maquinas de blanquear, teñir, limpiar y tintar; 8366. Operadoras de máquinas para la fabricación del calzado, marroquinería y guantería de piel; 8369. Otras Operadoras de máquinas para fabricar productos textiles y artículos de piel y cuero; 837. Operadoras de máquinas para elaborar productos alimenticios, bebidas y tabaco; 90. Trabajadoras no cualificadas en el comercio; 91. Empleadas domésticas y otro personal de limpieza de interior de edificios.

344

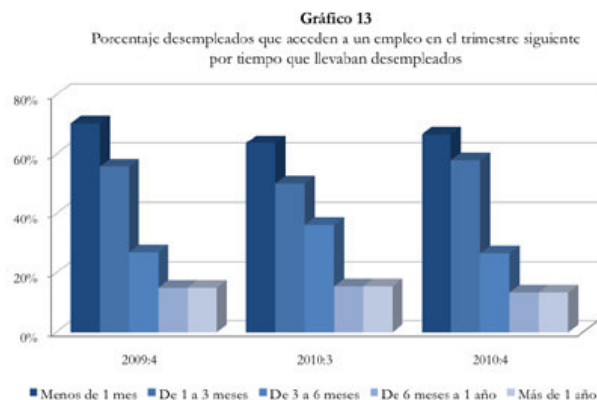
Disponible

en

<http://www.migualdad.es/ss/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheadname=1=Content-disposition&blobheadvalue=inline&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1244651908239&ssbinary=true>. En el mismo se define, de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional del año 2000, de la Asamblea General de las Naciones Unidas puso en marcha, complementado por el Protocolo para la prevención, supresión y castigo del tráfico de personas, especialmente mujeres y niños y el Protocolo contra el contrabando de inmigrantes por tierra, mar y aire, la trata de seres humanos (*trafficking in human beings*) como “reclutamiento, transporte, embarque o recepción de personas, por medio de amenaza, uso de la fuerza, coacción, fraude, engaño, abuso de poder o de situaciones de vulnerabilidad, o mediando pago o beneficio económico en la obtención del consentimiento de una persona para que ceda el control sobre otra con el propósito de su explotación. La explotación incluye, como mínimo, la derivada de la prostitución y de otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares, servidumbre y extracción de órganos.”

“Trafficking in persons: global patterns”, de 2006, y Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual), que conforman el 90% de las mujeres prostituidas en locales de explotación sexual, lo cierto es que las potenciales beneficiarias de esta contratación sólo alcanzan cifras testimoniales. Las últimas estadísticas disponibles, a marzo de 2011, en el sitio web del Instituto de la Mujer, obtenidas del Informe Criminológico “Trata de seres humanos” de la Policía Judicial de la Guardia Civil³⁴⁵, y correspondientes al año 2008, no llegan a los doscientos casos en toda España (138 en 2007, 129 en 2008). El impacto, *a priori*, es inapreciable, pero no puede olvidarse que su inclusión entre las medidas reguladas por la Ley 35/2010 obedece a otra filosofía, y que asimismo puede tener un efecto reactivador frente a la indefensión de las víctimas de trata.

Dejando al margen este último supuesto, resulta difícil captar el impacto real de esta medida, es decir, en qué medida los empresarios españoles van a contratar, ni siquiera bonificadamente, por tiempo indefinido, a mujeres con los “estigmas” apreciados así desde el punto de vista empresarial (potenciales generadoras de “problemas organizativos”...), que se sitúa en un contexto adverso de “*tenaz arraigo de la cultura empresarial de la contratación temporal*” (VALDÉS DAL RE³⁴⁶), y que parece confiar a la buena fe y a la racionalidad de la contratación la construcción de lo que VALDÉS DAL RE llama el *círculo virtuoso* de la contratación. Las estadísticas precisamente avalan la tesis contraria, esto es, la alta volatilidad laboral entre los trabajadores temporales: la recuperación del empleo en cortos espacios de tiempo es la tónica general entre los desempleados que vuelven a encontrar empleo, y el estancamiento en la situación de desempleo de los que llevan instalados en él más de tres meses³⁴⁷, como se puede comprobar en la siguiente gráfica:



Fuente: Observatorio laboral de la crisis

³⁴⁵

En http://www.inmujer.es/ss/Satellite?c=Page&cid=1264005678228&language=cas_ES&pagename=InstitutoMujer%2FPPage%2FIMUJ_Estadisticas.

³⁴⁶ Op. cit., p. 14.

³⁴⁷ Según el Observatorio laboral de la crisis, FEDEA, Boletín de enero de 2011 (http://www.fedea.es/observatorio/boletines/observatorio_laboral_crisis_enero_11.pdf, p. 15), casi 67 de cada 100 desempleados que llevaban desempleados menos de un mes han encontrado un empleo en el cuarto trimestre de 2010.

Por lo tanto, las expectativas de empleo, aún bajo incentivos, de estas trabajadoras, apartadas del mercado de trabajo durante cinco años, se antojan realmente improbables.

Sobre todo considerando que la rebaja de la indemnización por despido improcedente les afecta de pleno, al incluir a todos los colectivos femeninos citados en el objetivo de los despidos “abaratados” y con garantías rebajadas (despidos “de segunda clase” que implican indemnizaciones más bajas y parcialmente subvencionadas, junto con la común facilidad procedimental sin riesgos de nulidad en caso de extinciones objetivas introducida por la Ley 35/2010). ¿Es esto una medida incardinable en las medidas de acción positiva a las que alude la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, o el art. 17.3 ET, para lograr la igualdad efectiva de mujeres y hombres? Es más, la Ley 35/2010 prescindió en su tramitación incluso del informe de impacto de género, lo que elude las consideraciones de orden legal al respecto, si bien no, obviamente, las de orden doctrinal, dogmático o crítico.

La serie estadística de desempleo registrado en trabajadores mayores de veinticinco años y menores de tal edad evidencia que el desempleo femenino es fundamentalmente el que corresponde a las trabajadoras mayores de veinticinco años (la población de edad inferior acusa un desempleo significativamente mayor entre hombres que entre mujeres, precisamente desde diciembre de 2007, coincidiendo con el inicio de la crisis económica), que se comienza a igualar al masculino a partir de diciembre del año 2008, precisamente como efecto directo de la destrucción masiva de empleos (en buena parte masculinos, de forma directamente proporcional a su participación en el índice de ocupación y en el empleo estable, creando un *efecto espejismo* en el plano de la igualdad³⁴⁸). El informe de evolución de impacto de género de estas medidas, al que alude la Disposición adicional duodécima de la ley 35/2010, no augura resultados espectaculares... Y aún en el mejor de los escenarios, es decir, el de un amplio recurso a esta modalidad contractual, conllevaría como contrapartida el mayor empobrecimiento de las trabajadoras, no sólo plasmado en la habitual brecha salarial, sino también en los costes indemnizatorios (doblemente penalizados como resultado de salarios inferiores). En suma, el empleo de mujeres mediante esta modalidad contractual puede producir una nueva desigualdad de género también en la forma de la contratación, que sigue sumando precariedad. El precio de la inserción laboral femenina en sectores con infrarrepresentación o de las mujeres castigadas por el lado negativo de la vida familiar (y sus dificultades de “conciliación” con la vida profesional), o por la violencia de género y la explotación sexual, es por tanto un déficit de protección económica. La concesión al empresariado se hace a costa de los colectivos más desfavorecidos en el empleo, entre los que se encuentran *las mujeres* (sin precisar), amén de jóvenes, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e *inmigrantes*, u otros que se puedan determinar, en el marco del Sistema Nacional de Empleo), y a los que el nuevo artículo 19 *octies* de la Ley 56/2003

³⁴⁸ Efecto que también se ha apreciado sobre los salarios y la conocida brecha salarial entre géneros, estrechada como consecuencia de la destrucción de empleos masculinos, según la investigación de ICESA-ESADE, del que se da cuenta en El País, de 2 de marzo de 2011 (“La ruina del hombre nos iguala”, http://www.elpais.com/articulo/sociedad/ruina/hombre/nos/igual/elpepusoc/20110303elpepusoc_1/Tes), y que como contrapartida ha provocado un descenso en el nivel de participación femenina en el empleo, especialmente el de mayor cualificación, y entre el personal directivo.

(introducido por el Real Decreto ley 3/2011, de 18 de febrero) denomina “colectivos prioritarios” en la política de empleo (apdo. 1).

El examen de la evolución de la contratación por tiempo indefinido por géneros a partir de la reforma indica una clara diferencia de géneros especialmente concentrada en las nuevas contrataciones (5,31 en contraposición al 11,30 masculino, mientras que las conversiones se aproximan, con un índice interanual de 23,13 para mujeres y de 28,70 para hombres).

Las causas que permiten la celebración de este contrato también merecen comentario autónomo en sus aspectos formales. Tan singulares situaciones requieren de la acreditación formal de la causa de la contratación, lo que en los casos de parto, adopción o acogimiento se demuestra con la simple certificación del parto o la resolución por la que tenga lugar la adopción, condicionados en todo caso a que la contratación tenga lugar en los dos años inmediatamente posteriores a tales fechas, si bien en la práctica el periodo de la contratación será inferior, por efecto de la interposición del periodo de descanso preceptivo y voluntario dispuestos en el art. 48.4 ET, aun cuando no se disfrutaran efectivamente si no existía relación laboral en vigor en tal fecha. En suma, a efectos prácticos, el periodo de contratación queda contraído a veinte meses.

En el segundo caso la acreditación resulta de la simple presentación del último contrato o periodo en activo como trabajadora autónoma o, si es el caso, relación administrativa, pues lo único que se requiere es la existencia de inactividad laboral, entendida en sentido amplio.

El tercer caso requiere de la aportación documental de la pertinente declaración oficial, ya sea como víctima de violencia de género, lo que exigirá declaración de dicha condición (y por tanto el supuesto no está abierto a toda situación de violencia machista, como claramente indica el art. 2.4 de la Ley 43/2006, que remite a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*), o como víctima de trata de seres humanos, que va a requerir pronunciamiento expreso al respecto, que dé lugar al reconocimiento de tal condición de víctima. Obviamente, el precepto se está refiriendo a la declaración en el ámbito penal de dicha condición, conforme a la Instrucción 1/2010 de la Secretaría de Estado de Seguridad, *sobre aplicación transitoria, a las víctimas de trata de seres humanos, del artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*³⁴⁹ (modificada por L.O. 2/2009), conforme a la Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes, esto es, una vez dictada la Resolución del Delegado/a o Subdelegado/a del Gobierno, sobre periodo de restablecimiento y reflexión, que dará lugar a su vez a que la víctima inicie el contacto con los servicios asistenciales competentes, de forma simultánea a la solicitud de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. Lo que significa que en realidad esta modalidad contractual bajo estas peculiares condiciones se encuentra condicionada a la previa concesión de autorización de residencia y trabajo por circunstancias

³⁴⁹ Puede consultarse texto en el sitio web de la Guardia civil, http://www.guardiacivil.org/mujer/docpdf/trata_serres_humanos.pdf.

excepcionales de la trabajadora extranjera víctima de trata, sin perjuicio de que entretanto se produce dicha tramitación, ésta pueda obtener una autorización provisional.

4.4. Edades de riesgo: jóvenes y mayores.

La reforma de 2010 no altera los límites de edad para la concertación de este contrato, cuando se celebra con trabajadores jóvenes, como lo hiciera la reforma de 2001 (que redujo los iniciales 18 años a los 16 y elevó los 29 a los 30 años). Pero sí supone la entrada de otro colectivo conformado principalmente por jóvenes, en la sala de la precariedad, al extender el ámbito aplicativo del contrato en prácticas a los periodos de doctorado (art. 11.2c ET), así como el periodo de contratación con trabajadores con discapacidad, y los que permiten la suscripción del mismo (art. 11.1 c ET); así como la edad para incorporarse como alumnos-trabajadores a programas públicos de empleo-formación (que se fija de acuerdo con las disposiciones que los regulen).

Tampoco el colectivo de los mayores de cuarenta y cinco años experimenta cambios legales, aunque esté siendo uno de los más castigados por la destrucción de empleos de los últimos dos años. Sin embargo, no resulta olvidado en el Real Decreto ley 1/2011, de 11 de febrero, cuya Disposición adicional segunda anuncia una *Estrategia global para el empleo de las personas trabajadoras de más edad*. La Estrategia, que habrá de encontrar acuerdo social en el plazo de seis meses, deberá incluir medidas en materia de empleo, formación y condiciones de trabajo. Su finalidad es doble: mantener al colectivo dentro del mercado de trabajo y favorecer la recuperación del empleo en edades próximas a la jubilación.

4.5. Recientes desempleados.

Sin duda la inclusión de este colectivo entre los “contratables” bajo esta modalidad contractual, el de los desempleados con un mes de antigüedad en el desempleo, ha acaparado el interés de los analistas, por constituir no un mero supuesto más dentro del espectro subjetivo del contrato, sino una auténtica universalización del contrato indefinido de segunda categoría. El salto cuantitativo y cualitativo desde su origen en 1997, cuando el periodo de antigüedad en el desempleo quedó fijado en un año, reducido a seis meses en la Ley 12/2001, rebajado a la mitad en el RD-ley 10/2010 y a sólo un mes en la Ley 35/2010, desnaturaliza el supuesto, que es utilizado para universalizar el contrato³⁵⁰. Pierde sentido, pues, su consideración como colectivo específico dentro de esta modalidad contractual, pues, a salvo de los otros sujetos citados en la norma, el resto de los desempleados que no responda a ninguna de las características que justifican el recurso a este contrato pueden ser contratados en idénticas condiciones con el único requisito, que no puede calificarse de verdadero requisito legal, de respetar un periodo de un mes desde la extinción del contrato anterior, haya sido cual haya sido éste, a salvo de la prohibición o límite de la reposición del puesto de trabajo estable (ordinario) extinguido por causas objetivas improcedentemente o por despido colectivo, por lo que sin duda la ley admite la destrucción de puestos de trabajo por otras causas o que no hayan dado lugar a pleito –

³⁵⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “El contrato de fomento de la contratación indefinida: de extraordinario a ordinario”, en *La reforma del Mercado de Trabajo*, GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., y MERCADER UGUINA, J.R., (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

sin reconocimiento empresarial de improcedencia ni reclamación del trabajador, por lo que se abre la puerta a la posible connivencia entre ambos o la simple renuncia o dejación de derechos por parte del trabajador– o por extinción de contratos temporales. Si bien en este último caso el encadenamiento de contratos temporales con el de fomento de la contratación indefinida recibe incluso aval legal, por lo que resulta clara su admisión sin ambages, la práctica de sustituir contratos ordinarios por especiales para tornar el régimen de bonificaciones y de indemnizaciones no parece tener tampoco un sentido práctico claro, salvo en un caso: el de la connivencia para el despido disciplinario no indemnizado y reposición posterior mediante esta especial modalidad de contratación por tiempo indefinido, de entenderse empresarialmente que el aligeramiento de los costes de las cotizaciones puede tener un efecto económico significativo en términos de costes, sin duda nueva apertura al fomento del fraude en el acceso a la situación de desempleo³⁵¹.

4.5. Temporeros permanentes y *neodesempleados*.

Como novedad, la Ley 35/2010 incluye dos nuevos colectivos de desempleados objeto del contrato, aunque complete este listado con los recién-desempleados, que, por tanto, pueden encadenar sin plazo de espera su situación de partida con la nueva contratación, caracterizados por su historial previo de contrataciones temporales o permanente vinculación temporal previa, al menos durante los dos años anteriores, único periodo al que se refiere dicha condición, o bien la simple contratación previa por espacio de dos años (hipótesis harto frecuente, en los contratos para obra o servicio determinado), lo que también es tanto como decir el 90% de los casos. Este supuesto es, por tanto, otra vía de universalización de la modalidad contractual estudiada. En palabras de LUJÁN ALCARAZ, no se trata de fomentar el empleo estable de trabajadores con especiales dificultades para hallar empleo, sino, “lisa y llanamente, dar una salida a trabajadores «atrapados» en la temporalidad”, pues la figura está diseñada para el colectivo de trabajadores que son constantemente empleados de forma temporal (y no tanto para otras modalidades de temporeros o para los fijos discontinuos, LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS³⁵²).

Es, en definitiva, una diferente forma de conversión de contratos temporales en contratación estable, previo paso por el desempleo. Ésa es la única diferencia con la versión anterior conocida (y mantenida en los dos supuestos regulados en la ley: quienes estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010, o a partir del 18 de junio de 2010), en la que la transformación se producía dentro de la misma relación laboral entre las mismas partes, frente a la disociación que este cauce provoca entre la extinción previa del contrato temporal y la nueva contratación por parte de distinta empresa. En suma, la apertura de la opción fuera del marco de la empresa previamente contratante.

El trabajador es así rescatado de la temporalidad desde la situación de desempleo y rescatado al mismo tiempo del desempleo, facilitando la legislación el flujo de tales movimientos extra-empresa, ante los casos en los que intra-empresa se ha descartado la opción, expulsando al trabajador al desempleo. Evidentemente, con mantenimiento de la

³⁵¹ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, op. cit., p. 29.

³⁵² LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, op. cit., p. 29.

otra opción, instaurada dentro del bloque de las “conversiones” o “transformaciones” del contrato, fuera de las contrataciones iniciales, y dentro del margen permitido por el art. 15.5 ET (ahora en suspenso por mor del art. 5 del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto), que excluye la opción y determina la automática conversión por el propio encadenamiento sucesivo de contratos temporales durante veinticuatro meses dentro del periodo de treinta. Aun en este último supuesto, no se cierra sin embargo la posibilidad de suscribir de inicio un contrato de estas características si se trata de empresa diferente y el trabajador ha pasado por el desempleo, si es que ha hecho dejación de su derecho y no ha instado el reconocimiento de su vinculación permanente con la empresa anteriormente empleadora, resultante del art. 15.5 ET. Lo que no determina la invalidez del contrato suscrito de buena fe por el nuevo empleador, a menos que pudiera entenderse que éste se inscribe en el círculo organizativo de un grupo de empresas y por tanto el contrato se superpone a una relación ya definida como estable con las mismas empresas. En todo caso, la cuestión que la ley deja en el aire es el resultado de esta contratación si se produce con la misma empresa, previo paso por el desempleo, y ya ha tenido lugar el presupuesto de hecho del art. 15.5 ET, lo que provocaría que se estuviera suscribiendo un contrato por tiempo indefinido con un trabajador ya contratado por tiempo indefinido, bajo una modalidad que le priva de algunos derechos que le otorgaba su vinculación permanente nacida *ope legis*, y consiguiente calificación como renuncia de derechos inválida (*ex art. 3.5 ET*). *No obstante, la suspensión de esta cláusula de conversión de contratos temporales encadenados, introducida por el art. 5 del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, por el plazo de dos años, deja en el aire las disquisiciones acerca de su aplicación práctica, en tanto que la sujeta en todo caso a los avatares de la nueva política de empleo que despliegue el nuevo gobierno resultante de las elecciones del 20 de noviembre de 2011.*

Todo ello condicionado a la pertinente reclamación del trabajador, hipótesis harto improbable en casos como éste, que no quedarían bajo el amparo del procedimiento de oficio en tanto no darían lugar a la solicitud de prestaciones por desempleo, salvo su eventual extinción posterior, y el perjuicio económico derivado de la rebaja de la indemnización. Improbable. Pero existe otro argumento de mayor peso: el juego de este supuesto (el noveno del catálogo) con el siguiente del listado, el previsto como número 10 del catálogo de desempleados contratables, avala la imposibilidad de esta tesis, al admitir la validez del contrato, cuando hubiera habido contratación por tiempo indefinido anterior, sólo si ésta hubiera tenido lugar con *otra* empresa diferente. Y, como cláusula de cierre, la novedad derivada del art. 3 de la Ley 35/2010, a tenor de la cual «se entenderán válidas las transformaciones en los contratos de fomento de la contratación indefinida de los contratos de duración determinada o temporales en los supuestos a que se refieren las letras b) y c), una vez transcurrido el plazo de veinte días hábiles establecido en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, a contar desde la fecha de la transformación». Por lo tanto, el legislador está rehabilitando el vínculo, sin entender que concurre renuncia de derechos en la aceptación de una modalidad contractual menos ventajosa, cuando transcurra el plazo de caducidad de la reclamación por despido tras la suscripción del nuevo contrato. Se entiende que en el plazo de los veinte días siguientes a la transformación, de no existir demanda por despido, se sustituye la posible transformación automática por cualquiera de las causas que hubieran podido tener lugar (incluidas las de los arts. 15.1 a y 15.5 ET) por la transformación en la modalidad especial de contratación por tiempo indefinido.

Asimismo, podemos hallar en esta regulación una nueva manifestación del propósito de los legisladores de esta reforma de evitar la judicialización de los conflictos por despido. En este caso en particular, se fomenta la no judicialización del supuesto, esto es, las reclamaciones basadas en la existencia de fraude de ley en la contratación, y la aceptación de condiciones inferiores a las concedidas por la ley, en contra de la filosofía del art. 3.5 ET, con tal de evitar el pleito. Evidentemente, esta fórmula legal no puede servir para matizar el derecho de tutela judicial efectiva del art. 24 CE, por lo que debe entenderse abierta la posibilidad de reclamación (dentro de los parámetros de la prescripción, aunque esta norma parece aplicar el plazo de caducidad, que exigiría la reclamación en los veinte días siguientes a la transformación, aunque el art. 59.3 ET se refiera estrictamente a los supuestos de resolución del vínculo), si bien ésta resultará hartamente improbable en la práctica.

En cualquier caso, el supuesto se anuncia como *estabilización de trabajadores con historial laboral temporal*, pero no es éste el resultado que se deriva de la pura literalidad de la norma, que sólo exige la vinculación temporal en los dos años anteriores, pero no resulta descartable para los vinculados por un solo contrato temporal anterior³⁵³. De nuevo no existe una clara coordinación entre el propósito del legislador y la técnica legal utilizada, que presupone que quien estuvo en los dos años anteriores contratado temporalmente lo ha estado en realidad durante más tiempo, considerado el elevadísimo índice de contratación temporal, que monopoliza todas las nuevas contrataciones. Las presunciones y generalidad de la norma minimiza el posible deslizamiento de otros casos apartados de la norma general (contratación estable seguida de contratación temporal, en cuyo caso resolvería la restauración de la estabilidad perdida). Y, por otra parte, en tanto que no se establece regla alguna para la comprobación fehaciente del presupuesto de hecho que permite la contratación³⁵⁴, este extremo queda, por lo tanto, en manos de la buena fe del trabajador, y de la debida diligencia del empresario, so pena de ver convertido el caso en un supuesto de contratación fraudulenta.

Al margen de esta hipótesis, la ley no cierra la posibilidad a que sea la misma empresa la que concierte el nuevo contrato, en cuanto ni lo impide ni causaliza el desempleo, al no condicionar su admisión a que el contrato anterior se haya extinguido sólo por ciertas causas, aunque parece descartar la dimisión o el mutuo acuerdo, y en todo caso las causas no imputables al empresario, al aludir con técnica reprobable a que al trabajador “se le hubiera extinguido el contrato”³⁵⁵, a las que algunos autores añaden, por extensión de la jurisprudencia sobre el concepto de la situación legal de desempleo, los acuerdos de prejubilación³⁵⁶. Por consiguiente, cabe incluso el despido improcedente anterior si éste, según lo dispuesto en el párrafo quinto de la norma, no hubiera afectado en los seis meses anteriores al puesto de trabajo que se pretende cubrir y dentro del mismo centro de trabajo. Pues la norma sólo prohíbe cubrir el mismo puesto fijo amortizado, y dentro del mismo centro de trabajo, en los seis meses posteriores a dicha extinción, y siempre que dicho puesto estuviera cubierto con contrato por tiempo

³⁵³ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, op. cit., p. 30.

³⁵⁴ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, op. cit., p. 30.

³⁵⁵ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, op. cit., p. 30.

³⁵⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “El contrato de fomento de la contratación indefinida: de extraordinario a ordinario”, en *La reforma del Mercado de Trabajo*, GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., y MERCADER UGUINA, J.R., (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p.123.

indefinido ordinario y la causa de la extinción fuera objetiva y declarada o reconocida como improcedente o el despido colectivo. Así pues, tanto en éste como en el resto de los supuestos el nuevo contrato puede servir para cubrir un puesto distinto en todo caso, y, siendo el mismo, para cubrirlo cuando no se hubiera extinguido por causa objetiva improcedente o despido colectivo (por tanto, cuando se hubiera extinguido por despido disciplinario, o por causas objetivas, despido colectivo, en ambos casos procedente o no impugnado, o cualquiera de las causas del art. 49 ET) o incluso para cubrirlo en empresa diferente dentro del mismo grupo de empresas, ya que no se hace exclusión expresa de esta posibilidad, sí prevista para el encadenamiento de contratos³⁵⁷.

En segundo lugar y en décimo puesto en el catálogo de desempleados de la letra a) del precepto, otro colectivo resulta designado por la norma para su reclutamiento por esta vía contractual: el de los desempleados a quienes, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, se les hubiera extinguido un contrato de carácter indefinido en una empresa diferente, que pueden haber accedido por primera vez al desempleo, lo que pudiera coincidir con una franja de edad concreta, o bien proceder de un contrato por tiempo indefinido especial, lo que excluiría su condición de *neodesempleados*. En este caso el salto se da desde el empleo estable –no se concreta si ordinario o especial– hasta el empleo estable especial, pasando por el desempleo. Tampoco se precisa si el periodo en el que la pérdida del empleo anterior, de dos años, puede integrar otras contrataciones temporales intermedias. Es decir, la norma no concreta si es desde la pérdida del empleo estable, con instalación en el desempleo, hasta un máximo de dos años, desde donde tiene necesariamente que producirse la contratación, o si, por el contrario, en el periodo de dos años, contando en todo caso con la situación de desempleo en la fecha de la nueva contratación por tiempo indefinido, puede haber contrataciones temporales que interrumpan la permanencia en desempleo. La ausencia de prohibición avala la interpretación positiva³⁵⁸.

Lo que sí se impide es que este contrato cubra el enlace entre dos contratos por tiempo indefinido dentro de la misma empresa.

En todo caso la filosofía del supuesto es despegar rápidamente del desempleo y de la precariedad y restaurar la estabilidad anterior del trabajador en el empleo en un plazo máximo de dos años. Esta finalidad justifica, en palabras de LUJÁN ALCARAZ, que sólo se exija “la preexistencia de un contrato indefinido, cualquiera que haya sido su duración efectiva, que se extingue por cualquier causa y cualquiera que sea la calificación de la extinción”.

Transcurrido el periodo de dos años, quedan abiertas otras vías al reclutamiento mediante esta modalidad contractual: la edad de 45 años o inferior a 30 años, el género, o la discapacidad. Sin embargo, *el supuesto universal que sólo exige un mes en el desempleo hace absurda toda elucubración sobre posibles alternativas*. No tiene demasiado sentido establecer el plazo de los dos años durante el cual se puede suscribir el contrato desde la situación de desempleo si el supuesto universal permite, sin condiciones, concertarlo después de un mes en el desempleo. Ni siquiera bajo la hipótesis de la interposición de contratos temporales entre uno y otro momento, en cuyo caso el nuevo contrato sólo podría concertarse sin pasar por un mes de desempleo

³⁵⁷ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, op. cit., p. 31.

³⁵⁸ En el mismo sentido, LUJÁN ALCARAZ, op. cit., p. 7.

durante un periodo de dos años desde la extinción del indefinido anterior, puesto que bastaría igualmente un mes para acogerse al supuesto universal. Tanto es así, que esta figura ha convertido al resto de los supuestos, incluidas las transformaciones, en meramente *accessorios* del mismo.

4.6. Conversiones desde contrataciones temporales.

La segunda versión de la estabilización laboral, la técnica de la conversión de la duración del contrato, fue instaurada igualmente por la reforma del año 1997 e integrada en la negociación colectiva. La Ley 12/2001 reitera la fórmula, que se mantiene en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, con las únicas variaciones en cada caso de la fecha a la que se refiere el contrato de origen y la de su conversión, referidos respectivamente al año 1997 (que los autorizó durante cuatro años), 2003, y 2007, prórroga que se repite en 2010, y que previsiblemente tendrá continuidad en futuras reformas del mercado de trabajo.

La Ley 35/2010 innova este régimen, al incorporar a dos nuevos colectivos al ámbito subjetivo de la fórmula de la estabilización por la vía de la transformación: a) los trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010, a quienes se les transforme dicho contrato en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2010 (apartado 2 b); y b) los trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados a partir del 18 de junio de 2010 (apartado 2 c). Estos contratos podrán ser transformados en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 siempre que la duración de los mismos no haya excedido de seis meses, salvo contratos formativos, a los que no será de aplicación tal duración máxima. Por su parte, el RD Ley 10/2011, de 26 de agosto, ha sustituido las fechas anteriores por las del 28 de agosto de 2011 y 31 de diciembre de 2011, respectivamente (celebración antes del 28 de agosto, transformación antes del 31 de diciembre de 2011), para el supuesto a), y las de 28 de agosto de 2011 y 31 de diciembre de 2012, respectivamente (celebración antes del 28 de agosto, transformación antes del 31 de diciembre de 2012), para el supuesto b).

Tal ampliación, sin embargo, no revela un cambio fundamental, en tanto la contratación inicial por esta modalidad contractual, bajo la única condición de dejar transcurrir un mes en desempleo³⁵⁹, da una mayor flexibilidad no sujeta a límite temporal, por lo que la única virtualidad que puede atribuírsele es impedir que el trabajador destinatario de la estabilización haya de recalar en el desempleo y, por tanto, facilitar el tránsito sin solución de continuidad al contrato estable.

La ampliación del supuesto, introducido en la tramitación parlamentaria de la Ley, incorporó la cláusula de validación de las transformaciones de contratos aun mediando previas conversiones legales automáticas, por efecto del art. 15.5 ET y la presunción derivada del fraude de ley, según la cual «se entenderán válidas las transformaciones en los contratos de fomento de la contratación indefinida de los

³⁵⁹ Por ello, LUJÁN ALCARAZ (op.cit., p. 7) concluye que no “parece que esta limitación vaya a ser ni especialmente estimuladora del empleo en el corto plazo, ni entorpecedora del mismo en el futuro”.

contratos de duración determinada o temporales en los supuestos a que se refieren las letras b) y c), una vez transcurrido el plazo de veinte días hábiles establecido en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, a contar desde la fecha de la transformación». Como ya se ha analizado en un epígrafe anterior, esta cláusula de paz persigue desincentivar los litigios basados en la presunción legal, al deducir del transcurso del plazo de caducidad la validez de la transformación y aplicabilidad del nuevo contrato, y primar la preeminencia de la contratación estable y la estabilidad, sean cuales sean las características de ésta. Algunas opiniones doctrinales se posicionan en una interpretación contraria, manteniendo que de este modo se facilita la reclamación derivada del contrato anterior (cfr. LUJÁN³⁶⁰).

5. Ámbito de aplicación objetivo y temporal del fomento de la estabilidad en el empleo: límites a la garantía de estabilidad.

5.1. Fórmulas de estabilización: conversiones legales y contrataciones.

Las medidas de fomento de la contratación por tiempo indefinido se combinan con otras orientadas al control del abuso en la contratación temporal y consiguiente efecto estabilizador. En tal sentido se ha introducido en la más reciente reforma laboral la mejora de la técnica de la estabilidad en casos de encadenamiento de contratos temporales (que se amplía a la sucesión de contratos temporales para diferente puesto de trabajo y entre empresas del mismo grupo y a la sucesión o subrogación empresarial legal o convencional), o el establecimiento de un límite máximo a la duración del contrato para obra o servicio determinado (tres años ampliables sectorial y negocialmente a cuatro). Lo que permite construir un panorama de estabilización laboral conformado por dos pilares básicos:

a) La contratación indefinida, que incluye la contratación inicial y la transformación de contratos.

b) La conversión automática de contratos en contrataciones estables por imperio de la ley, ya sea como límite a la temporalidad, o bien como consecuencia de la contratación fraudulenta. Dentro del primer caso entrarían los dos supuestos reformados y mejorados por la Ley 35/2010 (la superación del periodo máximo de tres años, ampliables por convenio colectivo sectorial hasta cuatro, del contrato para obra o servicio determinado, *ex art. 15.1 a) ET*, y la superación de los límites temporales al encadenamiento de contratos temporales de obra o servicio determinado y eventuales – pues el resto son excluidos expresamente por el art. 15.5 ET-) que conllevan la conversión en relaciones por tiempo indefinido, posibilidad, no obstante, en situación de suspensión por mor del art. 5 del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, por el plazo de dos años, y por tanto inaplicable durante dicho plazo, o, dependiendo de la nueva orientación del gobierno y parlamento resultante de las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011, muy posiblemente de una manera indefinida en su configuración actual, pues de buen seguro bajo la nueva legislatura recibirá una redacción parcial o sustancialmente diferente. Y dentro del segundo, el de los supuestos fraudulentos, cuya filosofía no es el fomento del empleo estable, sino primariamente sancionar las contrataciones fraudulentas o en precario, que incluiría la falta de alta en

³⁶⁰ Literalmente sostiene que “de este modo se excluye el automatismo en la conversión y se facilita la reclamación del trabajador basada típicamente en la naturaleza indefinida ordinaria del contrato temporal que se pretende transformar” (op.cit., p. 7).

la Seguridad social tras superar el hipotético periodo de prueba (art. 15.2 ET), y la regla general de la presunción de existencia de relación laboral por tiempo indefinido en caso de fraude de ley (art. 15.3 ET).

Este segundo pilar cuenta con importantes obstáculos, tanto por exclusión de ámbitos, como el sector de la construcción, donde se consolida la fórmula temporal del contrato fijo de obra, como por las matizaciones y cortapisas que a su aplicación efectúa la ley (Administraciones, Universidades)³⁶¹, y por apartar de sus fines a las contrataciones vinculadas al binomio *inserción-formación* (por no serles aplicables a los contratos formativos, ni tampoco a los suscritos en el marco de programas públicos de empleo-formación o de empresas de inserción).

Las diversas fórmulas de estabilización en el empleo que se analizan, nacidas de o reguladas por la Ley 35/2010, sean contrataciones iniciales, transformaciones, o conversiones automáticas, no tienen aplicabilidad en todos los ámbitos donde cabe suscribir un contrato de trabajo, ni en todos los contratos. Por el contrario, la ley trata de excluir ciertos ámbitos, reservados a las especialidades del sector o de la prestación contratada, de la garantía de estabilidad en el empleo.

5.2. Las conversiones automáticas: exclusiones.

En primer lugar, el límite previsto para el encadenamiento sucesivo de contratos temporales en el art. 15.5 ET, cuya superación provoca su conversión legal en contrataciones por tiempo indefinido, no es aplicable a los contratos formativos, de relevo y de interinidad, a los que se añade por la Ley 35/2010, de signo más permisivo con la contratación temporal en este aspecto que su precedente Real Decreto ley 10/2010, los contratos celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, y los suscritos por empresas de inserción como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

En segundo lugar, la ley también excluye un ámbito aplicativo concreto, previsto en la Disposición Adicional decimoquinta, apartado tercero, del ET, en un caso por exclusión directa y en el otro bajo las circunstancias descritas: a) exclusión aplicativa directa y total es la que afecta al límite temporal de las contrataciones temporales por obra o servicio determinado en el marco de la contratación de investigadores prevista en la LO 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades³⁶² o cualesquiera otras normas con

³⁶¹ ARASTEY SAHÚN, L.: “Las reformas relativas a la contratación laboral: El nuevo régimen de la contratación temporal y, en particular, el límite del contrato para obra o servicio determinado y cambios en el encadenamiento de contratos. El contrato para el fomento de la contratación indefinida”, 14ª Xornadas De Outono De Dereito Social *La Reforma Laboral 2010*, Vigo 26 y 27 de noviembre de 2010. Actum nº 47, Monográfico dedicado a las 14ª Xornadas De Outono De Dereito Social *La Reforma Laboral 2010*.

³⁶² Las medidas para la estabilización de este personal tienen carácter sectorial, y se instrumentan en programas de estabilización de investigadores, como los aprobados en el ámbito de la Sanidad, donde se han llevado a término en el marco de acuerdos entre la Administración autonómica y la central: así, con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por Resolución de 20 de enero de 2011, del Instituto de Salud Carlos III, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; con la Comunidad Autónoma del País Vasco, por Resolución de 20 de enero de 2011, del Instituto de Salud Carlos III, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma del País Vasco, con la Comunidad Foral de Navarra, por Resolución de 20 de enero de 2011, del Instituto de Salud Carlos III, por la que se publica el Convenio

rango de ley, cuando estén vinculadas a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años (D.A. 15ª.2 ET); b) el de las Administraciones públicas, en el caso de que exista encadenamiento entre distintas Administraciones y organismos públicos, al entender que no pueden calificarse como contrataciones sucesivas con la misma empleadora las que tengan lugar con organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la mismas, que se desvinculan de las Administraciones *per se* en cuanto a su identificación como una misma empleadora.

Y, finalmente, tras el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, lo cierto es que tampoco lo será a ningún otro supuesto, de momento de forma temporal y durante dos años, hasta el 28 de agosto de 2013 (art. 5).

5.3. Las transformaciones y nuevas contrataciones por tiempo indefinido.

Ni la D.A. 1ª de la Ley 63/1997, ni la D.A. 1ª de la Ley 12/2001, reguladoras del contrato de fomento de la contratación indefinida, impusieron límite alguno a la contratación bajo esta modalidad, o a la transformación de contratos temporales, en cuanto a la tipología de empleadoras, lo que supone que tampoco constituye límite para la contratación estable en las Administraciones públicas, salvando los consabidos principios del art. 103 CE. Por lo que, sin perjuicio de que las conversiones legales del art. 15.5 ET no sean de aplicación, en los términos examinados (y al margen de las que se deriven del fraude de ley en la contratación, bajo la calificación de “indefinidos no fijos”, para los que la Ley 35/2010 aclara de modo expreso que la cobertura de la vacante constituye causa de extinción, sin la protección prevista para los contratos por tiempo indefinido, y por tanto con establecimiento de una forma legal de precariedad³⁶³), sí cabe la celebración voluntaria de contratos para el fomento de la contratación indefinida, en tanto el art. 11.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, *del Estatuto Básico del Empleado Público*, admite la contratación laboral “en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral”, que, “en función de la duración del contrato ... podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”. Pese a la ausencia de prohibición legal, lo cierto es que la filosofía del fomento del empleo a la que se ligan estos contratos pierde su necesidad cuando de Administraciones públicas se trata, directamente controlables por la política de empleo pública, lo que justifica su exclusión, en el art. 1.4 de la Ley 43/2006, de los incentivos a la contratación³⁶⁴, aunque convendría la exclusión expresa de la propia aplicación de esta modalidad contractual, con la excepción en todo caso de las agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las Administraciones, a las que se aludió anteriormente.

de colaboración con la Comunidad Foral de Navarra, o con la Comunitat Valenciana, por Resolución de 20 de enero de 2011, del Instituto de Salud Carlos III, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunitat Valenciana.

³⁶³ CCOO: *Los efectos de la reforma laboral sobre los derechos de los trabajadores*, 2010, versión online en <http://www.ccoo.es/libros/huelga/ver.do#anclaDerecha>.

³⁶⁴ Concretamente, “quedarán excluidos de los beneficios del presente Programa la Administración General del Estado y los Organismos regulados en el Título III y en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, así como las Administraciones Autonómicas y las Entidades Locales y sus Organismos públicos”. Salvo contratación de trabajadores con discapacidad por centros especiales de empleo de titularidad pública.

Por otra parte, los incentivos tampoco son de aplicación a las contrataciones formalizadas con el cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado inclusive, del empresario individual, de alguno de los miembros de la comunidad de bienes o sociedad civil, o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración, gobierno o representación de las corporaciones locales solicitantes o de las empresas que revistan forma jurídica de sociedad o de otras entidades con o sin ánimo de lucro, así como las relaciones contractuales que se formalicen con los socios de sociedades con facultad de decisión o con alguno de los miembros de la comunidad de bienes o sociedad civil solicitante. Pero ello no significa que tales colectivos sean excluidos de la posibilidad de concertar contrato de fomento de la contratación indefinida.

Por otra parte, el contrato sí resulta de aplicación a las relaciones laborales especiales, aunque en su día el art. 4 a) de Ley 64/1997 las excluyera de las bonificaciones, exclusión que mantuvo vigente el art. 8 de la Ley 12/2001, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, tal como se desarrolla en el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas (que las excluye de todas las bonificaciones, a salvo de la específica para Relaciones Laborales de Carácter Especial de Discapitados en Centros Especiales de Empleo), lo que desvirtúa parcialmente el sentido de la contratación, al poderse acoger a los beneficios de la extinción del contrato, pero no a los incentivos económicos sobre las cuotas de la Seguridad social.

5.4. Límites temporales de las reglas de estabilización.

La Ley 35/2010, como se ha analizado, contiene diversas disposiciones, tanto en el marco de la contratación temporal, como en el de la contratación por tiempo indefinido, destinadas al fomento de la contratación estable, pero conviene analizar el alcance temporal de todas ellas, ya que su vigencia se condiciona al binomio temporal conformado por la fecha de celebración del contrato y la fecha de entrada en vigor de la norma.

En primer lugar, las reglas de control del recurso a la contratación temporal derivadas de las modificaciones al art. 15.5 ET condiciona(ba)n (hasta el 28 de agosto de 2011, por tanto, sin aplicación efectiva) su aplicabilidad a que los contratos se hayan suscrito a partir de la entrada en vigor de la modificación, lo que tuvo lugar inicialmente por RD ley 10/2010 y por tanto en fecha de 18 de junio de 2010 (así lo estableció su Disposición Transitoria Segunda), con la singularidad de que las nuevas modificaciones que no fueron objeto de regulación por dicho Real Decreto ley sino de su tramitación parlamentaria y, en consecuencia, de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, no pueden ser aplicadas sino desde la entrada en vigor de dicha ley, es decir, a los contratos celebrados desde tal fecha, *como si de otro proceso de reforma distinto se tratara* (disposición transitoria segunda). El paréntesis aplicativo ha sido tan breve que simplemente ha impedido que opere esta cláusula de transformación automática de contratos temporales encadenados.

Por otra parte, la aplicación de la nueva configuración del contrato de fomento de la contratación indefinida, así como su extensión al ámbito subjetivo expandido que

crea la Ley 35/2010, se rige por parámetros similares, dada la incorporación escalonada de colectivos en su versión de urgencia y su versión parlamentaria:

a) RD ley 10/2010:

- Parados que lleven, al menos, tres meses inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo.
- Desempleados que, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, hubieran estado contratados exclusivamente mediante contratos de carácter temporal, incluidos los contratos formativos.
- Desempleados a quienes, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, se les hubiera extinguido un contrato de carácter indefinido en una empresa diferente.
- Trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010, a quienes se les transforme dicho contrato en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2010.
- Trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados a partir del 18 de junio de 2010. Estos contratos podrán ser transformados en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 siempre que la duración de los mismos no haya excedido de seis meses. Esta duración máxima no será de aplicación a los contratos formativos.

b) Ley 35/2010:

- Mujeres en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha del parto o de la adopción o acogimiento de menores.
- Mujeres desempleadas que se reincorporen al mercado de trabajo tras un período de inactividad laboral de cinco años.
- Mujeres desempleadas víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos.
- Parados que lleven, al menos, un mes inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo.

Para los primeros contratos, rige la prohibición más restringida de su celebración si en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, contados a partir del 18 de junio de 2010, la empresa hubiera extinguido contratos de trabajo (*cualesquiera contratos*) por despido reconocido o declarado como improcedente (o por despido colectivo). En cambio, a los segundos se les matiza la prohibición en el sentido de exigir

que las extinciones realizadas durante los seis meses anteriores lo sean de “contratos *indefinidos ordinarios* por causas objetivas declaradas o reconocidas como improcedentes” (o despido colectivo), acotando el tipo de contrato –“indefinido ordinario”- y la tipología de la extinción –causas objetivas-. En segundo lugar, los primeros contratos son válidos si sirven para cubrir puestos de trabajo de diferente categoría o grupo profesional que los afectados por la extinción o despido, mientras en los suscritos a partir de septiembre de 2010 pueden serlo incluso para cubrir puestos de la misma categoría o grupo profesional, siempre y cuando no se trate precisamente del que ha sido amortizado.

6. Límites a la utilización empresarial del contrato de fomento de la contratación indefinida.

La ley distingue claramente dos límites a la aplicación de los beneficios dimanantes de la *contratación por tiempo indefinido especial*: las aplicables a la propia posibilidad de celebrar el contrato, y las que rigen las bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social.

Respecto del que nos ocupa, el que constriñe la propia utilización de la modalidad contractual de fomento de la contratación indefinida, se concreta en la prohibición de su utilización en atención no al criterio de la tipología de la empleadora, como ya se ha examinado, sino de la conducta extintiva previa de ésta.

Así pues, el límite viene siendo desde sus inicios en 1997 la sustitución de puestos amortizados (u otros análogos dentro de la misma categoría o grupo profesional) por nuevas contrataciones más ventajosas económicamente para la empresa. La evolución de la política de empleo ha llevado a flexibilizar los iniciales doce meses de límite temporal a la contratación, computable desde la amortización por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia o desde el despido colectivo si entre las medidas del plan social acordado con los representantes de los trabajadores no se ha incluido precisamente el compromiso de celebración de estos contratos (*ex art. 51.4 ET*)³⁶⁵, a los seis meses previstos en la Ley 12/2001, y mantenidos hasta la fecha, pero aplicables tras la Ley 35/2010 también a las amortizaciones por causas objetivas reconocidas como improcedentes, lo que amplía la prohibición respecto del modo de extinción del puesto a cubrir, reparando el salto cualitativo dado por el Real Decreto-ley 10/2010 (al referirse simplemente al *despido* reconocido o declarado como improcedente y al despido colectivo, con el consiguiente ensanchamiento de la prohibición), pero la flexibiliza en cuanto al propio puesto a cubrir, al poder ser éste cualquiera distinto del efectivamente amortizado.

En consecuencia, la única novedad en este ámbito es la referencia a los despidos reconocidos como improcedentes y al puesto al que afecta la prohibición, ahora ya sólo el mismo que fue objeto de extinción en los seis meses anteriores. Por consiguiente, se sigue admitiendo como válida la operación de sustitución de un trabajador despedido disciplinariamente aun de manera improcedente por otro que resulte más barato, recurriendo por tanto a un modo irregular o fraudulento de amortización del puesto de

³⁶⁵ Lo que equivale en dejar en manos de los representantes de los trabajadores el fomento del recurso a esta modalidad de contratación en el contexto de crisis de empresa que justifiquen despidos colectivos.

trabajo, que la ley consiente, por lo que puede comprobarse, y que no sólo consiente, sino que arrastra hacia el propio nuevo contratado, en cuanto permite que su contrato se extinga igualmente de la misma irregular manera, si bien en este caso en sentido inverso, pues la extinción por causas objetivas lleva aparejada una indemnización más rebajada -33 días por año- que la derivada de otra causa declarada o reconocida como improcedente -45 días por año-, al hacer recaer sobre el propio trabajador interesado la carga de demostrar tal extremo. Aun cuando tal proceder suponga la exclusión, durante doce meses, de las bonificaciones por nuevas contrataciones por tiempo indefinido para estas empresas (les bastará entonces con recurrir a la contratación temporal). En resumidas cuentas, se consiente y aplaude la ingeniería del fraude para abaratar los costes del despido.

La inicial apertura del supuesto en el Real Decreto-ley 10/2010 a toda posible extinción en los seis meses anteriores (por despido reconocido o declarado como improcedente o por despido colectivo) y por tanto la extensión de la prohibición, fue corregida en sentido flexibilizador para las empresas por la Ley 35/2010, que de este modo sólo están condicionadas por los despidos objetivos o colectivos previos, que pueden eludir recurriendo al despido disciplinario con reconocimiento de improcedencia. Como pone de manifiesto LUJÁN ALCARAZ, “sin duda, no era esta la intención”, pues, como resultado de la enmienda núm. 279 presentada por el Grupo Socialista del Congreso, se subsana el error, dando a la norma la redacción vigente. La intención real, en opinión de otros (cfr. LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS), es la de “evitar de esta forma una conversión masiva de contratos indefinidos, de cuarenta y cinco días salario/año, con despidos improcedentes, por contratos indefinidos de 33 días salario/año en el mismo puesto de trabajo y centro de trabajo”³⁶⁶.

Pero en todo caso tal límite no será aplicable cuando las extinciones de contratos se hayan producido con anterioridad al 18 de junio de 2010, en cuyo caso no puede sostenerse que la limitación aplicable fuera la vigente antes de esa fecha, es decir, que no se hubiera extinguido por causas objetivas declaradas improcedentes judicialmente o despido colectivo. Los supuestos quedan entonces en el limbo de la tolerancia y, por supuesto, de la incoherencia legislativa con el principio de estabilidad en el empleo, ya que se pretende de este modo forzar el impacto de la ley sobre la contratación estable. Para “clarificar” las dudas suscitadas por la D.T.3ª de la Ley 35/2010, el RD Ley 10/2011, de 26 de agosto, introdujo una referencia explícita a los contratos por tiempo indefinido celebrado entre tal fecha, el 18 de junio de 2010, y la del 31 de diciembre del mismo año 2011, para establecer que en este caso la indemnización debe calcularse según las cuantías por año de servicio y límites propios de la modalidad contractual aplicable, si bien los contratos, ordinarios o de fomento, que se celebren a partir del 1 de enero de 2012 se verán excluidos del resarcimiento del Fondo de Garantía Salarial cuando se extingan por las causas previstas en el art. 52 ET si son reconocidas o declaradas como improcedentes. Si bien se determina la exclusión de los límites del art. 33.2 ET en el cálculo de la indemnización en todo caso (es decir, para todos los contratos celebrados a partir el 18 de junio de 2010 cuando lo sean por tiempo indefinido).

³⁶⁶ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, op.cit., p. 33.

7. Las ventajas empresariales en la extinción del contrato por tiempo indefinido.

7.1. Abaratamiento.

El lado más conocido de la contratación por tiempo indefinido instaurada desde el año 1997 y fomentada por la Ley 35/2010 es, sin duda, el de las ventajas que para el empleador supone el recurso a este contrato, todas ellas de tipo económico, ya que, además del régimen de bonificaciones previsto, supone una rebaja indirecta de los costes en cuanto la decisión de contratar viene fuertemente condicionada por el coste del despido. En consecuencia, facilitar la extinción desde el punto de vista de las formalidades para su validez y el riesgo de reclamación, y desde la perspectiva de su coste económico, se convierten en el núcleo de las demandas empresariales en la regulación del contrato, que parecen haber sido en parte satisfechas por la Ley 35/2010, al haber dotado ésta tanto al resto de las contrataciones como al contrato de fomento de la contratación indefinida de facilidades probatorio-causales en el ámbito de las causas objetivas, y en particular a la segunda de las modalidades de cuatro atractivos:

- *Admisión del reconocimiento de improcedencia*, para introducir también en este caso el *despido exprés* sin salarios de tramitación, reconocido como improcedente por la empresa y con presunción legal de “objetivo” (por causas objetivas), para dar lugar a la indemnización reducida de treinta y tres días, aunque pueda encubrir un despido disciplinario improcedente, que ha sido calificada de *previsión redundante*, por considerar que esta posibilidad ya se encontraba prevista desde el Real Decreto Ley 5/2006 y la Ley 43/2006 (art. 10.2)³⁶⁷.
- *Elemento complementario probatorio*, al hacer recaer sobre el trabajador la carga de probar que el despido no se basó en causas objetivas (modificación que ha sido igualmente incorporada al texto de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en su art. 121).
- *Efecto de los defectos formales*, que pasan a provocar sólo la improcedencia y no la nulidad.
- *Efecto indemnizatorio mitigado*, pues además de la indemnización reducida (equivalente a 33 días de salario por año trabajado, con prorrateo por meses de los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades), se hace recaer su financiación parcial en el Fondo de Garantía Salarial³⁶⁸, en la cuantía de 8 días de salario por año trabajado, por tanto con un efecto reductor de las indemnizaciones a 25 días por año. Se traslada aquí la

³⁶⁷ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, op.cit., p. 31.

³⁶⁸ El Preámbulo de la Ley 35/2010 justifica esta medida en los siguientes términos: “se reducen las cantidades a abonar por las empresas en caso de extinción de los mismos mediante la asunción transitoria por el Fondo de Garantía Salarial de una parte de las indemnizaciones, medida que se aplicará exclusivamente a las extinciones por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, sean individuales o colectivas, excluyendo a los despidos de carácter disciplinario. Se preserva, en consecuencia, el compromiso del Gobierno de mantener los derechos de los trabajadores y aliviar a las empresas de una parte de los costes extintivos. Esta medida no supone una asunción por el Estado de una parte de los mismos ya que se instrumenta a través de un organismo público que se nutre exclusivamente de cotizaciones empresariales”.

presunción de que se basó el despido en causas objetivas, lo que significa, como ya se ha puesto de manifiesto por los analistas, que bastará simular que la extinción es por causas objetivas para obtener la responsabilidad de FOGASA (CCOO³⁶⁹). Como acertadamente afirma POSE VIDAL³⁷⁰, “no parece demasiado adecuada la previsión de que ese abono se produzca tanto para los despidos objetivos procedentes, como para los improcedentes, ya que aunque las cotizaciones al FOGASA se realizan por las empresas, no se trata de una cotización voluntaria, sino de carácter obligatorio, que integra los fondos públicos, y no tiene sentido que con éstos se financie una actuación empresarial ilícita”.

- Finalmente, la constitución del *Fondo de Capitalización*, que está llamado a complementar la financiación de los despidos a partir del 1 de enero de 2012, cumplirá igualmente la misión de abaratar el coste del despido tanto objetivo como disciplinario, sin incremento en las cuotas para las empresas, en la misma línea en que ya fue rebajada la cotización al Fondo de Garantía Salarial en el año 2006 (aunque a decir de algunos, ésta sería la única vía plausible para no desvirtuar la lógica de la financiación y la línea de contención en el gasto iniciada por el Gobierno³⁷¹). Sin embargo, este compromiso ha sido trasladado a la concertación social por parte del art. 3 del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto (que modifica a su vez la Disposición adicional décima de la citada Ley 35/2010), de un modo condicionado, al desarrollarse por la vía del estudio de la “conveniencia y oportunidad” de aprobar un proyecto de ley que regule la constitución de dicho Fondo de capitalización individual.

7.2. Reconocimiento empresarial de improcedencia.

La reforma supone que el contrato pueda extinguirse con la indemnización reducida (del art. 53.5 ET en la cuantía de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades) también si la improcedencia es reconocida por el propio empresario, siempre y cuando el contrato se extinga por causas objetivas.

Conforme al apartado 4 de la disposición adicional primera Ley 12/2001, incorporado por la Ley 43/2006, el reconocimiento de improcedencia lleva aparejada la obligación de depositar la diferencia entre la indemnización ya abonada y la que corresponde por despido improcedente, en total, pues, 13 días (no se descuentan los ocho días a cargo de Fondo de Garantía Salarial, porque ya se han descontado de los veinte días preceptivos), a fin de paralizar los salarios de tramitación para el eventual supuesto de que se plantee demanda por despido. Redacción que mantiene la Ley 35/2010 («si se procediera según lo dispuesto en el artículo 56.2 (ET), el empresario deberá depositar en el Juzgado de lo Social la diferencia entre la indemnización ya percibida por el trabajador según el artículo 53.1 b) de la misma Ley y la señalada *en*

³⁶⁹ CCOO: *Los efectos de la reforma laboral sobre los derechos de los trabajadores*, 2010, versión online en <http://www.ccoo.es/libros/huelga/ver.do#anclaDerecha>.

³⁷⁰ POSE VIDAL, S.: “La nueva situación jurídica en materia de extinción del contrato de trabajo”, Ponencia al Curso del Consejo General del Poder Judicial “Últimas reformas en materia laboral y de seguridad social”, Escuela Judicial, Madrid, 1 de febrero de 2011.

³⁷¹ POSE VIDAL, op.cit., p. 25.

este párrafo»), con la única diferencia en la práctica de ese periodo asumido por FOGASA.

7.3. Carga de la prueba y *despido exprés*.

En términos simples, la ley admite que el empresario finja que el despido es por causas objetivas para beneficiarse del abono de la indemnización de 33 días, y que además reconozca que es improcedente (lo cual puede deberse a la ausencia o inconsistencia de la causa, por lo que implícitamente cabe reconocer que la causa de la extinción es otra cualquiera). Y tolera el perjuicio que ello cause al trabajador, no sólo por ser improcedente, sino por rebajarse además la indemnización que le corresponde, en el que abunda haciéndole recaer una carga más de carácter disuasorio: si aquél considera que no es un despido objetivo se entiende que correcto desde el punto de vista sustantivo –susceptible de ser declarado procedente por existencia de causa-, deberá ponerlo de manifiesto en un pleito, en el que la carga de probar que el despido es disciplinario –e improcedente- pesará sobre él. Así, el segundo párrafo del apartado cuarto de la D.A. 1ª analizada viene a disponer que “cuando el trabajador alegue que la utilización del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria, corresponderá al mismo la carga de la prueba sobre esta cuestión”, dicción asimismo integrada de forma literal en el texto del art. 121.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

El texto incorporado a la Ley aprobada es la versión contraída o sintética del originario texto propuesto, «se presumirá la legalidad de la utilización del procedimiento extintivo de los despidos objetivos, correspondiendo al trabajador la carga de la prueba en caso de que alegue un uso fraudulento del mencionado procedimiento extintivo por considerar que debió haberse extinguido el contrato como si se tratase de un despido disciplinario», pero su redacción definitiva no dice ni más ni menos que la misma.

En ambos casos el presupuesto de hecho es un despido disciplinario que quiere revestirse de la forma de un despido por causas objetivas. Por lo tanto, la carga probatoria se limita a este supuesto, y no a cualquier otro en el que la causa real igualmente haya querido encubrirse bajo el despido objetivo, el que permite reducir la indemnización. Sin embargo, la tipología causal del art. 49 ET no permite hallar otra posible correlación de causas al margen de las previstas en la D.A. 1ª, en tanto ninguna otra de entre las que justifican la extinción del contrato de duración indefinida conlleva la indemnización, salvo precisamente que no exista ninguna causa, ni siquiera disciplinaria. Ésta es realmente la puerta que abre la norma, es decir, el despido injustificado con indemnización reducida que se encubre en la carta de despido como objetivo. Pero en los estrictos márgenes de la norma, en puridad esta situación debería dar lugar a la indemnización íntegra de 45 días por año de servicio. En este plano de la realidad, el trabajador deberá probar que no existe causa objetiva, y por tanto, ésta puede ser disciplinaria o simplemente ninguna *ex art. 55.4 ET*, en cuyo caso la extinción tendrá el tratamiento de despido disciplinario sin causa o improcedente.

Que ello suponga una dificultad probatoria excesivamente onerosa ha sido objeto de distintas interpretaciones encontradas, partidarias en un caso de entender que ello sólo tendrá lugar cuando la causa no sea inexistente, sino dudosa (cfr. LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, GÓMEZ ABELLEIRA) y resulta por lo demás coherente con el régimen

probatorio dispuesto en el propio art. 217.3 LEC y en materia de fraude, y adscritas en otro caso a la teoría según la cual la norma claramente altera las reglas de la prueba en los casos de extinciones por causas objetivas y hace recaer sobre el trabajador la carga de probar decisiones oscuras o poco claras del empresario.

El efecto disuasorio sobre la litigiosidad de estos despidos es claro³⁷². Por lo que reduce las posibilidades de impugnación a las demandas por nulidad del despido, donde la alegación de causa de nulidad queda al margen de la presunción de la norma estudiada y, por tanto, no existe duda alguna acerca de las reglas de la distribución de la carga de la prueba (las de los arts. 96, 105.1 y 181.2 de la Ley de Jurisdicción social, y art. 13 de la LO 3/2007), que su propia esencia –y rango– tampoco permitiría cuestionar.

8. Incentivos para el fomento de la contratación por tiempo indefinido.

8.1. Incentivos en la Ley 35/2010 y en el RD ley 1/2011: bonificaciones y reducciones en las cotizaciones.

La contratación estable, por las vías legales ya estudiadas, es objeto de un variado, complejo y disperso sistema de incentivos, estatales y autonómicos³⁷³, entre los que se encuentran en primer lugar las bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social³⁷⁴, a las que se suman otras subvenciones e incentivos, como el previsto en el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, *de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, único en el que la beneficiaria directa es la persona trabajadora* (quien, de acuerdo con el artículo quinto de la Resolución de 15 de febrero de 2011, del Servicio Público de Empleo Estatal (BOE de 16 de febrero), percibirá una ayuda económica de acompañamiento por la participación en el programa de recualificación profesional en cuantía del 75 por ciento del IPREM vigente en cada momento hasta un máximo de seis meses). Sin embargo, el principal incentivo sigue siendo el de las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad social, en atención a la duración de su vigencia (las establecidas a partir de la Ley 35/2010, un año en contrataciones iniciales y tres años en las transformaciones) y la cuantía de la misma (hasta el 100% de exención), aunque las más recientes incorporaciones, *ex* RD 1/2011, reducen tales

³⁷² En el mismo sentido, GÁRATE CASTRO, J.: “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, en *Actualidad Laboral*, núm. 1, enero de 2011, p. 22.

³⁷³ El fomento autonómico resulta incentivado por el art. 1 del *Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*, por el que se modifica la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, para añadir una disposición adicional octava, sobre *Participación de las Comunidades Autónomas en la incentivación del empleo indefinido*. A tenor del mismo, se sitúa dentro del marco de los convenios que se suscriban entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas la adopción de acuerdos de traspaso para la participación en la gestión de las bonificaciones de las cuotas sociales a la contratación indefinida, respecto de los trabajadores y trabajadoras de los centros de trabajo radicados en su Comunidad Autónoma.

³⁷⁴ Vid. un tratamiento exhaustivo del tema en MORALES ORTEGA, J.M.: “El régimen de incentivos a la contratación Tras la ley 35/2010 de medidas urgentes para la Reforma del mercado de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010, pp. 375 y ss. Asimismo, consúltese el Cuadro completo de incentivos en el sitio web de la Seguridad social, apartado cotizaciones, bonificaciones, en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/142487.pdf>.

periodos a un año para los supuestos cubiertos, todos ellos caracterizados por su rasgo social o de marginalidad (víctimas de violencia de género o doméstica y personas con discapacidad, en ambos casos jóvenes o desempleadas de larga duración, excluidos sociales).

El art. 10 de la Ley 35/2010 dispone el régimen de incentivos aplicable al contrato de fomento de la contratación indefinida, en el que destacan tres aspectos básicos: a) colectivos y contratos bonificables; b) empresas y otros beneficiarios de las bonificaciones; c) requisitos para la aplicación y mantenimiento de las bonificaciones, y consecuencias de su incumplimiento. Sin embargo, ha de reconocerse que los supuestos bonificados a partir de dicha ley lo son a más corto plazo, pues ninguna de las contrataciones iniciales supera el año de bonificación, frente a las derivadas de la Ley 43/2006, que se extendían hasta cuatro años para víctimas de violencia de género o doméstica, o durante toda la vida del contrato para personas con discapacidad, no obstante conservados ambos supuestos tras la Ley 35/2010, entre las que se han mantenido; o para mujeres desempleadas, o las contratadas en los veinticuatro meses siguientes al parto, o después de cinco años de inactividad con previo periodo de actividad de tres años, y jóvenes de entre dieciséis y treinta años, para las que también se fijaba un plazo de cuatro años, sustituido por su inclusión entre los colectivos con los que puede suscribirse el contrato de fomento de la contratación indefinida. Sin perjuicio de que hubieran sido fijadas otras con igual vocación a corto plazo, como es el caso de las destinadas a contratos con desempleados con subsidio desempleo mayores de cincuenta y dos años.

En contrapartida, se han incorporado nuevas reducciones en la cuota empresarial a la Seguridad social del 100% de la totalidad de la misma (o del 75% en plantillas superiores a 250 trabajadores) aplicables a contratos suscritos con *excluidos sociales*, *personas con discapacidad* y *víctimas de violencia de género o doméstica* en todos los casos jóvenes (de entre dieciséis y treinta años) desempleados y con especiales problemas de *empleabilidad* o de larga duración (al menos doce meses en los dieciocho anteriores). La contratación bajo la figura del fomento de la contratación indefinida al amparo de la D.A. 1ª de la Ley 12/2001, tanto de personas con discapacidad como de víctimas de violencia de género significa para las empresas un triple ahorro: el 100% (o en las empresas de más de 250 trabajadores el 75%) de las cuotas empresariales por contingencias comunes durante un año, el coste del despido objetivo improcedente en doce días de reducción, y las facilidades para llevarlo a cabo, lo que puede suponer para ambos colectivos la contratación por un año y despido objetivo improcedente transcurrido dicho año con indemnización de 33 días de salario (que también puede ser mínimo según el puesto cubierto), sobradamente costeado por la exención de las cuotas a la Seguridad social, sin perjuicio de que tal artimaña suponga la pérdida de nuevos incentivos durante los doce meses siguientes para la empresa.

Finalmente, las reducciones en la cuota a la contingencia de desempleo que introdujo el art. 11 de la Ley 43/2006 (que dio nueva redacción al art. 110.9.2º de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, en uso de la autorización que el propio art. 110.nueve.2.A) realizara al Gobierno para reducir los tipos de cotización al desempleo)³⁷⁵ supuso la rebaja de la cotización

³⁷⁵ Reducciones que mantiene vigentes la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 en su art. 132. Nueve.

empresarial a tal contingencia a partir del 1 de julio de 2006, aunque la refería literalmente a la contratación de duración determinada, “como consecuencia de la evolución del mercado de trabajo y específicamente a la vista del aumento de la estabilidad en el empleo”, y previa consulta con los interlocutores sociales), en un 0,25% -desde el 7,55 (6%/1,55%) al 7,30% (5,75%/1,55%)- para los contratos por tiempo indefinido, y la reducción de la cuota al Fondo de Garantía Salarial en un 0,20%.

El resultado global de esta política de incentivos, económicos y jurídicos a la contratación estable es claramente favorecedor de la reducción de costes económicos y, en consecuencia, vincula el fomento del empleo por tiempo indefinido a razones puramente económicas o de estrategia empresarial de contratación (inscritas en el campo de la “flexibilidad”, y aisladas insuficientes³⁷⁶), olvidando otras formas de incentivar la contratación estable (que se asientan a su vez en otras causas determinantes de la alta tasa de temporalidad), que en este año 2011 se están abriendo a otros valores añadidos a la contratación propios de otros sistemas como el alemán, como es la formación de los trabajadores³⁷⁷, y en tal sentido se encamina el Real Decreto ley 1/2011, de 11 de febrero, *de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas*, que nace como resultado del *Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones*³⁷⁸, si bien como estrategia parcial, ya que únicamente se refiere en su art. 3 a las personas con especiales dificultades de *empleabilidad* (motivadas por baja cualificación) y a los jóvenes y las personas en paro de larga duración³⁷⁹, y, en previsión de futuro, a las personas de más edad (Disposición adicional segunda del RD 1/2011), aunque más abierta, pero no global, respecto de las personas desempleadas en general en la medida consistente en la participación de éstas en un porcentaje del total de los incluidos en los planes de formación de personas ocupadas –entre el 20% y el 40%- (art. 4), a las que se deben añadir las acciones formativas para desempleados, concentradas entre los colectivos prioritarios); e incluso la *Ley de Economía Sostenible* respecto de las nuevas tecnologías y las energías renovables, en la incipiente elaboración de la

³⁷⁶GONZÁLEZ BIEDMA, E.: “Aspectos clave de la reforma laboral”. Publicado en Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2010 (Comentario). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010. Y en Actualidad Laboral, núm. 7, 2010. El autor reclama la creación de un entorno que sirva al estímulo al empleo, con *medidas fiscales, facilidad de crédito, estabilidad monetaria, seguridad jurídica y otras tantas*.

³⁷⁷ En el mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C.L.: “Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales”. En AA.VV.: *Monográfico sobre la reforma laboral de 2010. Temas Laborales*, núm. 107, 2010, p. 95. El autor afirma que la alta tasa de temporalidad podría venir influida por tres factores: el coste del despido, la utilización abusiva de las modalidades legales de contratación y el propio sistema productivo: “influye en el elevado número de contrataciones temporales el sistema productivo, que se centra en sectores de alta estacionalidad y poca estabilidad económica, de utilización intensiva de trabajo y escasa productividad y cualificación (sector servicios, especialmente vinculado al turismo y construcción)”.

³⁷⁸ El art. 2.3 b) del citado Real decreto ley incluye entre tales acciones la de “participar en medidas de política activa de empleo encaminadas a la recualificación y/o reinserción profesional necesarias para que puedan incorporarse a nuevos puestos de trabajo, especialmente en sectores emergentes y con mayor potencial de crecimiento”.

³⁷⁹ Igualmente parcial es la estrategia de empleo consistente en “acciones de mejora de la empleabilidad que, fruto de la realización de itinerarios individuales y personalizados de empleo, combinen actuaciones de orientación y formación para el empleo dirigidas a jóvenes, mayores de 45 años en situación de desempleo de larga duración, personas procedentes del sector de la construcción u otros sectores afectados por la crisis que, dentro de estos colectivos, tengan dificultades de inserción laboral derivadas de su baja cualificación”.

“Estrategia Española de Empleo”. Nueva estrategia que será financiada por el recién creado «Fondo de políticas de empleo» (Disposición final primera).

Sin embargo, la reforma de 2010 se ha apoyado en exceso en el factor coste económico, que no es ni el responsable de la crisis ni la fórmula mágica para estimular el mercado de la contratación laboral³⁸⁰, ante una inexistente concertación social de base que habría sido más proclive a la búsqueda de fórmulas de flexibilidad interna y decantarse en este extremo por las demandas del empresariado torturado por la crisis. Así resulta oportuno cerrar este apartado recurriendo a un concluyente pasaje de ALFONSO MELLADO: “podría concluirse que en momentos de crisis y de un volumen de desempleo como el que tiene España, hay que potenciar aquellas vías que privilegian los mecanismos de adaptación y conservación del empleo frente a los mecanismos extintivos”³⁸¹.

8.2. Beneficiarios de las bonificaciones y requisitos para su aplicación.

De acuerdo con el mencionado art. 10, pueden ser beneficiarios de las bonificaciones las empresas, entre las que se incluyen los trabajadores autónomos en su condición de empleadores, las sociedades laborales o cooperativas respecto de los socios trabajadores o de trabajo encuadrados en un régimen de la Seguridad social de trabajadores por cuenta ajena, que hayan contratado –o incorporado como socios de trabajo- o que hayan transformado en contratos por tiempo indefinido los anteriores contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación (art. 10.4).

La aplicación de la bonificación está condicionada a la creación neta de empleo en la empleadora, es decir, que las nuevas contrataciones o transformaciones, salvo las referidas a contratos de relevo, supongan un incremento del nivel de empleo fijo de la empresa, y que dicho nivel se mantenga durante todo el periodo de aplicación de la bonificación (art 10.6). Para dicho cómputo no se incluyen los contratos indefinidos extinguidos por despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba, sino únicamente el promedio diario de de trabajadores con contratos indefinidos en el periodo de los noventa días anteriores a la nueva contratación o transformación (art. 10.5), como tampoco resultan computables para determinar el nivel de cumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo del art. 10.6.

El compromiso de mantenimiento del empleo durante toda la vigencia de la bonificación implica la obligación de sustituir en el plazo de dos meses las vacantes ocasionadas por las extinciones de contratos por tiempo indefinido imputables a otras causas distintas de las no computables. Y permite conservar la bonificación por el tiempo que reste (hasta los tres años totales) desde el inicio de su aplicación, y, al contrario, conlleva la obligación de reintegro de las bonificaciones ya percibidas.

De igual modo, y como en programas anteriores, los beneficiarios deben hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social tanto en la fecha de la concesión de las bonificaciones como durante la

³⁸⁰ En tal sentido, ALFONSO MELLADO, C.L.: “Las actuaciones ...op. cit., p. 96.

³⁸¹ Op. cit., pp. 96-97.

percepción de las mismas, y no deben haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas, de conformidad con lo señalado en el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

8.3. Colectivos acogidos a las bonificaciones.

A partir del 18 de junio de 2010 se aplican nuevas bonificaciones, mientras que otras desaparecen:

- a) Contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2011:
 - Con desempleados de entre dieciséis y treinta años, con especiales problemas de *empleabilidad* (los inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación y que no hayan completado la escolaridad obligatoria o carezcan de titulación profesional)³⁸².
 - Con desempleados mayores de cuarenta y cinco años, que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación³⁸³.
- b) Transformaciones de contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, en contratos por tiempo indefinido, sin límite temporal (cualquiera que sea la fecha de su celebración)³⁸⁴.

Recuérdese que el RD Ley 10/2011, de 26 de agosto, ha sustituido las fechas anteriores por las del 28 de agosto de 2011 y 31 de diciembre de 2011, respectivamente (celebración antes del 28 de agosto, transformación antes del 31 de diciembre de 2011), para el supuesto a), y las de 28 de agosto de 2011 y 31 de diciembre de 2012, respectivamente (celebración antes del 28 de agosto, transformación antes del 31 de diciembre de 2012), para el supuesto b).

Por otra parte, desaparecen las siguientes bonificaciones, reguladas por la Ley 43/2006 en su artículo 2, apartado 1, al haberse integrado en la categoría más amplia de trabajadores “con especiales dificultades de *empleabilidad*” por la Ley 35/2010, o en la de desempleados inscritos en la Oficina de Empleo durante al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación por el RD ley 1/2011, que también crea la

³⁸² Tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, de 66,67 euros/mes (800 euros/año), durante tres años o, en su caso, por su equivalente diario. Si se realizan con mujeres, las bonificaciones serán de 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) o su equivalente diario.

³⁸³ Tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, de 100 euros/mes (1.200 euros/año), durante tres años o, en su caso, por su equivalente diario. Si se conciertan con mujeres, las bonificaciones serán de 116,67 euros/mes (1.400 euros/año) o su equivalente diario.

³⁸⁴ Tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años o, en su caso, por su equivalente diario. En el caso de mujeres, dichas bonificaciones serán de 58,33 euros/mes (700 euros/año), o, en su caso, por su equivalente diario.

categoría de desempleados a fecha de 1 de enero de 2011 con especiales problemas de *empleabilidad* y de desempleados a fecha de 1 de enero de 2011:

1. Mujeres
 - Mujeres que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto.
 - Mujeres que se reincorporen después de cinco años de inactividad.
2. Mayores de cuarenta y cinco años.
3. Jóvenes de dieciséis a treinta años.
4. Trabajadores inscritos como desempleados durante al menos seis meses.
5. Contratos indefinidos bonificados de responsabilidades familiares regulados por el art. 3 de la Ley 43/2006.
6. Contratos indefinidos bonificados para perceptores de prestaciones por desempleo regulados por el art. 5 de la Ley 27/2009.
7. Se mantienen, sin embargo, las previstas para desempleados perceptores de subsidio de desempleo mayores de cincuenta y dos años de la Ley 43/2006.
8. Se entienden vigentes asimismo³⁸⁵ las dispuestas en la Orden de 16 de septiembre de 1998, *sobre fomento del empleo estable de mujeres en profesiones y ocupaciones con menor índice de empleo femenino*, dictada en aplicación del art. 3 de la [Ley 64/1997, de 26 de diciembre](#), por la que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo, y consistentes en la bonificación del 60 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes en los nuevos contratos a mujeres para prestar servicios en profesiones u oficios en los que el colectivo femenino se hallare *subrepresentado*, así como en las transformaciones en indefinidos de contratos temporales y de duración determinada.

Para los supuestos de *exclusión social*, tanto si se insertan a través de empresas de inserción como si no, se mantienen las bonificaciones previstas en las normas anteriores, a las que se añaden las previstas en el RD ley 1/2011:

1. Desempleados inscritos en la oficina de empleo a fecha 1 de enero de 2011 con especiales problemas de *empleabilidad*, con edad entre dieciséis y treinta años.
2. Desempleados a 1 de enero de 2011 e inscritos en la Oficina de Empleo durante al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación.

³⁸⁵ La disposición derogatoria única.2 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias*, mantuvo la vigencia de dicha disposición.

De igual modo, se mantienen las mismas bonificaciones creadas para las *víctimas de violencia doméstica y de violencia de género* en la Ley 43/2006, pero se añaden otras nuevas:

1. Víctimas de violencia de género o doméstica entre dieciséis y treinta años, desempleadas inscritas en la Oficina de Empleo al menos desde el 1 de enero de 2011, con especiales problemas de *empleabilidad*.
2. Víctimas de violencia de género o doméstica desempleados a 1 de enero de 2011 e inscritos en la Oficina de Empleo durante al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación.

Para los contratos celebrados con *personas con discapacidad* por parálisis cerebral, enfermedad mental, discapacidad intelectual o discapacidad física o sensorial superior al 65%, se mantienen las bonificaciones anteriores (las generales para mayores o para menores de cuarenta y cinco años), pero se suman dos más con vigencia de un año:

1. Desempleados inscritos en la Oficina de Empleo desde el 1 de enero de 2011, con especiales problemas de *empleabilidad*, entre dieciséis y treinta años.
2. Desempleados inscritos en la Oficina de Empleo desde el 1 de enero de 2011 durante al menos doce meses en dieciocho meses anteriores a la contratación.

Para los contratos celebrados con el resto de *personas con discapacidad*, superior al 33%, o con declaración de incapacidad permanente, se conservan las previstas en la Ley 43/2006 para mayores o menores de cuarenta y cinco años y para las Relaciones Laborales de Carácter Especial de Discapacitados en Centros Especiales de Empleo, así como las dispuestas para recolocación de incapacitados en el RD 1451/1983 (las más largas de la historia de los incentivos), con adición de otras dos:

1. Desempleados inscritos en la Oficina de Empleo desde el 1 de enero de 2011, con especiales problemas de *empleabilidad*, entre dieciséis y treinta años.
2. Desempleados inscritos en la Oficina de Empleo desde el 1 de enero de 2011 durante al menos doce meses en dieciocho meses anteriores a la contratación.

Finalmente, desaparecen las bonificaciones a las transformaciones en indefinidos de los contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, regulados por el art. 2.6 de la Ley 43/2006, pero se mantienen las previstas para personas con discapacidad en transformaciones de contratos temporales de fomento de empleo o formativos de discapacitados con grado de discapacidad superior al 33% o declarados incapacitados permanentes, así como los que se transformen desde las Relaciones Laborales de Carácter Especial de Discapacitados en Centros Especiales de Empleo respecto de cualquier contrato temporal. Pero se incorporan las siguientes transformaciones, con bonificaciones aplicables durante tres años (y de entre 500 y 1400 euros anuales, según contrato y sexo):

1. De contratos formativos, de relevo y sustitución por anticipación de edad de jubilación celebrados a partir del 18 de junio de 2010 (Ley 35/2010).

2. De contratos formativos celebrados a partir del 16 de agosto de 2011 con desempleados mayores de veinte años, que se transformen en contratos por tiempo indefinido (Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto).
3. De contratos temporales o de duración determinada a tiempo parcial (por obra o servicio determinado, eventual por circunstancias de la producción, fomento de empleo temporal por discapacidad, fomento de empleo y con empresas de Inserción) celebrados a partir de 13 de febrero de 2011 (Ley 35/2010 y RD ley 1/2011). Se trata de los celebrados con desempleados inscritos en la Oficina de empleo a fecha 01/01/2011 con especiales problemas de *empleabilidad*, con edad entre dieciséis y treinta años; y de los concertados con ser desempleados inscritos en la Oficina de Empleo a fecha 01/01/2011, durante al menos doce meses en dieciocho meses antes de la contratación.

Los contratos a tiempo parcial no sufren alteraciones en el régimen de bonificaciones cuando se suscriban o transformen en contratos por tiempo indefinido, ya que la exención creada por RD ley 1/2011 y aplicable a los concertados a partir del 13 de febrero de 2011 se reserva para las contrataciones por tiempo determinado superior a seis meses, que se acogerán a las bonificaciones habituales en caso de transformación, con deducción de los periodos ya consumidos durante su vigencia temporal (periodo máximo de un año y exención del 100% o del 75% en empresas de más de 250 trabajadores), según el art. 1.3 del RD ley 1/2011.

9. Conclusiones finales.

La sucesión de reformas atropelladas que la crisis económica y la tardía reacción frente a la misma ha suscitado en España una borrachera de normas de fomento del empleo y de la contratación con un contenido más económico que jurídico y más preocupado de contentar al empresariado, a fin de cuentas el artífice de los flujos en la contratación laboral, con una contradictoria combinación, por otra parte ya conocida en nuestra legislación laboral³⁸⁶, entre flexibilidad y mejora de la dualidad del mercado de trabajo.

En efecto, las medidas inscritas en el campo de la flexibilidad externa, esto es, las relacionadas con los incentivos a la maniobrabilidad de la mano de obra (facilitando su reducción según los vaivenes de los mercados donde opera la actividad de la empresa), supuestamente resultan compensadas con el fomento de la estabilidad en el empleo, creando con el contrato de fomento de la contratación indefinida y las consecuencias anudadas al encadenamiento de contratos temporales una expectativa de estabilidad en el empleo que a la vez resulta mitigada por las propias facilidades de despido que la acompañan, y por tanto susceptible de quedar frustrada en un futuro próximo, atendida la fragilidad del mercado de trabajo propiciada por la propia debilidad de la economía.

³⁸⁶ Vid. un recorrido sintético por las sucesivas reformas en http://www.ccoo.cat/pdf_documents/REFORMAS%20%20LABORALES.pdf.

Y a su vez tales medidas de flexibilidad resultan contradictorias con la también pretendida búsqueda de la reducción de la dualidad de la contratación laboral, que constituye el segundo de los ejes de la reforma de 2010, al mantener el doble estatus jurídico de unos y otros trabajadores y, bajo la excusa del fomento del empleo, derivar a los más débiles entre la población activa (es decir, los que encuentran mayores dificultades de *empleabilidad*) hacia la franja B del citado estatus dual, convirtiéndolos en moneda de cambio de la política de empleo y de su efecto acordeón, en el que las dificultades provocan su inserción laboral mediante incentivos a su contratación, y los periodos álgidos su sustitución por mano de obra tipo A, principalmente trabajadores del sexo masculino y sin discapacidad ni riesgo alguno de exclusión social. Lo cierto es que la imparable destrucción de empleos sitúa a estos colectivos entre los que, una vez situados fuera del mercado, menor probabilidad de reingresar al mismo tengan, razón legislativa que justifica la apertura del contrato de fomento de la contratación indefinida hacia los mismos, y por otra parte la intensificación de las políticas activas de empleo en acciones dirigidas a los mismos, pero existe un innegable efecto *precarizador* en todas ellas, significadamente en las que persiguen incidir en las fluctuaciones de la contratación para introducir atractivos a las empresas a fin de que dirijan sus intereses al reclutamiento de otros trabajadores ajenos al esquema habitual de sus preferencias.

Las medidas de fomento se combinan con otras orientadas al control del abuso en la contratación temporal, con la mejora de la técnica de la estabilidad en casos de encadenamiento de contratos temporales (que se amplía a la sucesión de contratos temporales para diferente puesto de trabajo y entre empresas del mismo grupo y a la sucesión o subrogación empresarial legal o convencional, o el establecimiento de un límite máximo a la duración del contrato para obra o servicio determinado (tres años ampliables sectorial y *negocialmente* a cuatro). Pero la fragmentada forma en que se lleva a cabo, excluyendo total o parcialmente de su aplicación a ciertos ámbitos, algunos especialmente azotados por la destrucción de empleo, como es el caso de la construcción, pero no es el de la Administración pública (sí protagonista de medidas de reducción del gasto público) o las Universidades en particular, o a ciertos contratos (los suscritos en el marco de programas públicos de empleo-formación, y los celebrados por empresas de inserción), conduce a interpretarlas no en clave de estabilidad, sino de fomento de la contratación al precio que sea, vencidos nuestros legisladores por la contundente realidad económica, que indica con absoluta claridad un estancamiento al menos a medio plazo en ciertas actividades económicas como la construcción.

El resultado alcanzado hasta ahora es el escaso impacto sobre el objeto de la mejora de la contratación estable, pese a las facilidades económicas y formales que se han incorporado al contrato de fomento de la contratación indefinida, y los augurios no son mejores, por lo que la revisión de las medidas, a la que está llamada la concertación social pese a no haber sido aplicada en el panorama diseñado por la Ley 35/2010 y su precedente Real Decreto ley. Pero lo que sí ha quedado con claridad materializado ha sido la reducción de los derechos de los trabajadores. Con APARICIO TOVAR puede finalizarse concluyendo que *no se sabe muy bien cómo se va a producir la superación de la crisis con la reducción de la garantía de los derechos de los trabajadores*³⁸⁷.

³⁸⁷ APARICIO TOVAR, J.: “¿Es la reforma laboral la solución a la crisis?”. Blog del autor, 12 de enero de 2010, <http://japariotovar.blogspot.com/2010/01/es-la-reforma-laboral-la-solucion-la.html>.

Bibliografía más relevante

- ALES, E.: “Flessibilizzazione del mercato del lavoro e diritto comunitario: un esempio atipico di armonizzazione”. *Il Diritto del Lavoro*, núm. 2 1994, pág. 217 y ss.
- ALFONSO MELLADO, C.L.: “Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales”. En AA.VV.: *Monográfico sobre la reforma laboral de 2010. Temas Laborales*, núm. 107, 2010, pp. 87 y ss.
- APARICIO TOVAR, J.: “¿Es la reforma laboral la solución a la crisis?”. Blog del autor, 12 de enero de 2010, <http://japariciotovar.blogspot.com/2010/01/es-la-reforma-laboral-la-solucion-la.html>.
- ARASTEY SAHÚN, L.: “Las reformas relativas a la contratación laboral: El nuevo régimen de la contratación temporal y, en particular, el límite del contrato para obra o servicio determinado y cambios en el encadenamiento de contratos. El contrato para el fomento de la contratación indefinida”, 14ª Xornadas De Outono De Dereito Social *La Reforma Laboral 2010*, Vigo 26 y 27 de noviembre de 2010. Actum nº 47 Monográfico dedicado a 14ª Xornadas De Outono De Dereito Social *La Reforma Laboral 2010*.
- AA.VV.: *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- AA.VV.: *La Reforma Laboral de 2010*, Aranzadi 2010.
- AA.VV.: *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*. Lex Nova, 2010.
- AA.VV.: *Monográfico sobre la reforma laboral de 2010. Temas Laborales*, núm. 107, 2010.
- BERROCAL, L.: "Movilidad y flexibilidad del mercado de trabajo en Europa. Elementos introductorios para la problemática de la adaptación". RL, 1986-II, pág. 1281.
- BOUDER, A.: “Les nouvelles formes d’emploi dans la C.E.E.” *L’évolution des formes d’emploi. Actes du colloque de la revue “Travail et Emploi”, 3 et 4 novembre 1988*. Ministère du Travail, de l’emploi et de la formation professionnelle.
- BOYER, R. (dir.): *La flexibilidad del trabajo en Europa. Estudio comparativo de las transformaciones del trabajo asalariado en siete países, entre 1973 y 1985*. Ministerio de Trabajo y Seguridad social, 1986.
- BRONSTEIN, A.S.: “El trabajo temporal en Europa occidental: ¿Antagonista o complemento del empleo permanente?” *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 110, 1991, núm. 4, pág. 485 y ss.
- CCOO: Informe sobre la situación de la mujer trabajadora en el País Vasco. <http://www.comfia.info/archivos/INFORMEMujer2011.pdf>
- DAVIES, P.L. y FREEDLAND, M.R.: “Les formes d’emploi: problèmes et tendances au Royaume-Uni”. *L’évolution des formes d’emploi. Actes du colloque de la revue*

- “*Travail et Emploi*”, 3 et 4 novembre 1988. Ministère du Travail, de l’emploi et de la formation professionnelle. Págs. 34 y ss.
- DE LA VILLA GIL, L.E.: *El contrato indefinido para fomento del empleo*, DL, núm. 54, 1997.
- DESDENTADO BONETE, A.- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma del despido en la Ley 35/2010”. En: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J. R. (coord.): *La reforma del mercado de trabajo*, Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 75-116.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *Los estímulos a la contratación laboral: una apuesta, no del todo uniforme, en favor del empleo estable*, RL, 2000, tomo I.
- FERNÁNDEZ DíEZ, A.: “La nueva regulación del contrato para el fomento de la contratación indefinida a partir del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”. *Información Laboral* núm. 12/2010. BIB 2010\2587.
- FLÓREZ SABORIDO, I.: *La contratación laboral como medida de política de empleo en España. La creciente flexibilidad en el acceso al empleo*, CES, Madrid, 1994.
- GÁRATE CASTRO, J.: “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, en *Actualidad Laboral*, núm. 1, enero de 2011.
- GARCÍA MURCIA, J.: “La ley de contrato de trabajo en Alemania: una tarea aún pendiente (A propósito de la *Diskussionsentwurf* del *Arbeitskreis* para la unificación del Derecho del Trabajo alemán)”. REDT, núm. 65, 1994, pág. 365 y ss.
- GHERA, E.: *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*. Cacucci Editore-Bari, 198, pág. 423 y ss.
- GHEZZI, G.-ROMAGNOLI, U.: *Il rapporto di lavoro*. Zanichelli. Bologna, 1987.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “El contrato de fomento de la contratación indefinida: de extraordinario a ordinario”, en *La reforma del Mercado de Trabajo*, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J.R., (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E.: “Aspectos clave de la reforma laboral”. Publicado en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7/2010 (Comentario). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010. Y en *Actualidad Laboral*, núm. 7, 2010.
- KÜHL, J.: “Las políticas de empleo en la Alemania Federal de 1973 a 1987. Política de empleo y de mercado de trabajo durante las décadas de los 70 y 80”. *Debates sobre el empleo. Francia y Alemania*. Colección Informes. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991. Págs. 25 y ss.

- LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R.: “El acceso al mercado de trabajo en la reforma laboral”, Ponencia al Curso del Consejo General del Poder Judicial “Últimas reformas en materia laboral y de seguridad social”, Escuela Judicial, Madrid, 31 de enero de 2011.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: “El contrato para el fomento de la contratación indefinida en la reforma de 2010”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 10/2011 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.2011. BIB 2010\2999.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: “El contrato para fomento de la contratación indefinida tras el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma laboral.”. Aranzadi Social núm. 7/2010 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010. [BIB 2010\1422](#).
- LUJÁN ALCARAZ, J.: “El contrato para fomento de la contratación indefinida ante la reforma laboral de 2010.” Aranzadi Social núm. 4/2010. [BIB 2010\1071](#).
- LUJÁN ALCARAZ, J.: “El contrato para el fomento de la contratación indefinida”, en *La reforma laboral de 2010*, SEMPERE, A.V. (dir.), Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2010.
- METCALF, D.: “Sulla disoccupazione in Europa: perché è così alta e perché una minore offerta di lavoro non aiuterebbe a ridurla”. *Le politiche del lavoro in Europa agli inizi degli anni ottanta*. Marsilio Editori. Venecia, 1986, pág. 27 y ss.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Un nuevo acto del “gran teatro” de la reforma laboral 2010: una reforma “para reformar” o de la “galería de los disparates”. CEF Trabajo y Seguridad Social. Nº 31. Octubre 2010.
- MONEREO PÉREZ, J.L.-RIVAS VALLEJO, P., dirs.: *La prevención de los riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*. Comares, Granada, 2011.
- MONTOYA MELGAR, A.: “Un debate europeo sobre crisis de empleo y reparto de trabajo (El Coloquio Internacional del Centro de Estudios Jurídicos Europeos, Ginebra 1983)”. REDT, núm. 20, oct.-dic. 84, pág. 493 y ss.
- MORALES ORTEGA, J.M.: “El régimen de incentivos a la contratación Tras la ley 35/2010 de medidas urgentes para la Reforma del mercado de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010, pp. 375 y ss.
- OLARTE ENCABO, S. en AA.VV. *La Reforma Laboral de 2010*, Aranzadi 2010.
- PEDRAZZOLI. M.: “Nouvelles formes d’emploi et révisions du droit au travail”, en *L’évolution des formes d’emploi*, op. cit., págs. 13 y ss.
- PEDRAZZOLI, M.: “Nouvelles formes d’emploi et révisions du droit du travail”. *L’évolution des formes d’emploi. Actes du colloque de la revue “Travail et Emploi”, 3 et 4 novembre 1988*. Ministère du Travail, de l’emploi et de la formation professionnelle. Págs. 13 y ss.

- PÉREZ DEL PRADO, D.: “Los incentivos económicos de fomento del empleo en la reforma laboral de 2010”, en AA.VV.: *La reforma Laboral 2010*, Lex Nova, 2010, pp. 227 y ss.
- POSE VIDAL, S.: “La nueva situación jurídica en materia de extinción del contrato de trabajo”, Ponencia al Curso del Consejo General del Poder Judicial “Últimas reformas en materia laboral y de seguridad social”, Escuela Judicial, Madrid, 1 de febrero de 2011.
- REYNERI, E.: “Le politiche del lavoro in Italia: verso la deregolazione strisciante o una nuova regolazione flessibile e contrattata?”. *Le politiche del lavoro in Europa agli inizi degli anni ottanta*. Marsilio Editori. Venecia, 1986.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "El Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo y la nueva reforma del mercado de trabajo", en RODRÍGUEZ-PIÑERO, VALDÉS DAL-RÉ, CASAS BAAMONDE (Coords): *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva*, Madrid (Ed. Tecnos) 1998.
- ROJO TORRECILLA, E.: “La reforma de las políticas activas de empleo. Moción aprobada por el Congreso de los Diputados”; Blog del autor: http://eduardorjoblog.blogspot.com/2011/02/la-reforma-de-las-politicas-activas-de_24.html.
- ROJO TORRECILLA, E.: “Medidas urgentes para promover el tránsito al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas”; Blog del autor: <http://eduardorjoblog.blogspot.com/2011/02/medidas-urgentes-para-promover-el.html>, <http://eduardorjoblog.blogspot.com/2011/02/iv.html>, y http://eduardorjoblog.blogspot.com/2011/02/medidas-urgentes-para-promover-el_13.html.
- ROJO TORRECILLA, E.: “Orientacions per a les polítiques d’ocupació dels Estats membres de la Unió Europea en el període 2010 - 2014”; Blog del autor: <http://eduardorjoblog.blogspot.com/2011/02/orientacions-per-les-politiques.html>.
- RUESGA BENITO, S. M. e. al.: “¿Recuperación o espejismo? Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (segundo trimestre de 2010)”. *Temas Laborales* núm. 106: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1212_3.pdf.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: "Principales diferencias con Europa en materia de legislación laboral". RL. 1986-I, pág. 1192.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.-MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “La Reforma del Mercado de Trabajo mediante RDL 10/2010”. *Aranzadi Social* núm. 7/2010 - 8/2010. BIB 2010\1468.
- STEWART, M.: *Employment Conditions in Europe*, Gower, 1976.
- TOHARIA CORTÉS, L.: *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la Seguridad Social: un intento de evaluación*

macroeconómica, microeconómica e institucional. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Secretaría de Estado de Seguridad Social. Madrid, 2008.

TREU, T.: “La flexibilidad laboral en Europa”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 112, 1993, núm. 2, pág. 217 y ss.

Web http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=409916.

WEISS, M.: *Labour Law and the Industrial Relations in the Federal Republic of Germany*. 1989, pág. 39 y ss.

WLOTZKE, O.: “Labour Law and German Unification: transition from central planning to a market economy”. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, N° 4, winter 1993. Pág. 326 y ss.

ZACHERT, U.: “Les formes d’emploi. Problemes et tendances actuelles en Allemagne Fédérale”, en *L’évolution des formes d’emploi, Actes du colloque de la revue “Travail et Emploi”, 3 et 4 novembre 1988*. Ministère du Travail, de l’emploi et de la formation professionnelle. Págs. 47 y ss.

Las direcciones web han sido todas consultadas en el mes de febrero de 2011.

LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA, LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y LAS CLÁUSULAS DE INAPLICACIÓN SALARIAL

Juan Antonio Linares Polaino
Abogado. Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

1. Antes de la reforma. 2. Cambio del modelo de flexibilidad. 3. Valoración de las reformas. 4. El descuelgue salarial. 5. Movilidad geográfica y traslado colectivo. 6. Conclusión.

El presente artículo expone el panorama y evolución acerca de la movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y las cláusulas de inaplicación salarial. El texto recoge el contenido de la ponencia impartida en las *XXII Jornades Catalanes de Dret Social* bajo el título de *Les reformes laborals del 2010*, dirigidas por Josep Moreno y Ascensio Solé, celebradas los días 11 y 12 de marzo de 2011 y organizadas por la Universitat de Lleida y la Associació Catalana de Iuslaboralistes junto con la colaboración del Consejo General del Poder Judicial.

La ponencia incluía una valoración personal acerca del alcance y potencialidad de la reforma operada en el Estatuto de los Trabajadores respecto a la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

1. ANTES DE LA REFORMA

El choque de intereses

Las empresas tienen interés en adaptarse a las continuas y cambiantes necesidades de los mercados. Los contratos de trabajo se rigen por las mismas condiciones que se pactaron desde su nacimiento. Surge, de esta forma, un punto de fricción entre estas dos premisas, en la que encuentra su razón de ser la institución de la modificación de condiciones sustanciales de trabajo.

La flexibilidad laboral hasta nuestros días

Es conveniente hacer un análisis de la flexibilidad laboral dentro de nuestro ordenamiento jurídico para poder hacer valoraciones posteriores sobre las modificaciones introducidas por la reforma laboral de 2010.

En nuestra regulación aparecen medidas relevantes de flexibilidad laboral en la reforma del año 1994 con la Ley 11/1994, de 19 de mayo, la cual introduce:

- La regulación del despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción para proceder a la extinción de contratos de

trabajo cuando la supresión de empleos no alcanza un volumen muy relevante de trabajadores, evitando así tener que recurrir al largo procedimiento administrativo del expediente de regulación de empleo.

- El desarrollo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores estableciendo las reglas para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, motivada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

La referida reforma fue orientada a dar más flexibilidad a la empresa para que ésta se ajustase a las necesidades de la economía y de los mercados, sin embargo, no tuvo un resultado exitoso, ya que ni funcionaron los despidos objetivos como sistema de reducción de coste cuando concurrían causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.³⁸⁸, ni tampoco funcionaron las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

La realidad es que la empresa española en los últimos años ha obtenido su flexibilidad, fundamentalmente, por la vía de la llamada flexibilidad externa (extinción de contratos de trabajo vía despido exprés o a través de la finalización de los contratos de obra), frente a la utilización de la flexibilidad interna (traslados y modificaciones sustanciales de contratos de trabajo). La razón está en que, de hecho, ha sido más fácil para la dirección de las empresas recurrir a las extinciones de los contratos que a la modificación de los mismos.

○ *Los contratos temporales*

Nuestro sistema tiende a cubrir las necesidades fijas de trabajo con contratos indefinidos y las necesidades temporales con contratos temporales³⁸⁹.

En el año 1984, en momentos de alto nivel de desempleo, el gobierno estableció el *contrato temporal para fomento de empleo*, con el que se rompía el esquema tradicional.

La utilización de esta fórmula de contratación permitió que las empresas pudieran adaptarse a las oscilaciones del mercado. Incrementando la contratación temporal o no renovando éstos contratos se producía el ajuste de la plantilla de acuerdo con las necesidades de la demanda.

Si bien el contrato temporal de fomento de empleo se extinguió en la primera mitad de los años 90, la cultura de utilización de contratos temporales para un porcentaje de la plantilla como medida de flexibilidad empresarial, quedó arraigada en

³⁸⁸ Las causas han sido principalmente:

- a) Los despidos están sujetos al control del orden jurisdiccional social que celebra sus juicios en un acto único en el que la prueba económica, productiva y organizativa se hacía muy complicada.
- b) El despido objetivo exigía estrictos requisitos formales cuyo incumplimiento daba lugar a la sanción de nulidad del despido con riesgo de readmisión.

³⁸⁹ Al margen de que en nuestro ordenamiento también tiene cabida la contratación temporal como medida de inserción inicial en el empleo por medio de contratos formativos y como medida de fomento de empleo.

la práctica de muchas empresas, las cuales, dependiendo del sector en el que operaban, necesitaban un mayor o menor porcentaje de contratos temporales para poder lograr una constante adecuación de su fuerza del trabajo a las necesidades de los pedidos.

Desaparecido este contrato, en algunas ocasiones se utilizó de forma abusiva el *contrato de lanzamiento de nueva actividad* que tenía una finalidad específica la cual era reducir el riesgo del empresario cuando éste procediese al inicio de una nueva actividad, a la ampliación de la prestación de servicios o a la apertura de nueva línea de negocio, de forma que, la asunción de nuevas iniciativas empresariales no estuviese lastrada por un riesgo económico de origen laboral. Probablemente el uso abusivo³⁹⁰ de esta modalidad contractual dio lugar a que la ley 67/1997, de 26 de diciembre, suprimiese dicha modalidad de contrato, perdiéndose las ventajas que el mismo aportaba para los empresarios emprendedores.

Desaparecida esta modalidad de lanzamiento de nueva actividad, algunas empresas continuaron utilizando abusivamente los contratos temporales, quizá de forma especialmente significativa el contrato de obra, vinculando la formalización de los mismos a actividades que carecían de sustantividad propia respecto de las actividades ordinarias de la empresa.

La utilización irregular de todos estos contratos temporales ha servido eficazmente a las empresas para flexibilizar sus plantillas.

La expectativa de una posible nueva contratación por parte de la misma empresa y, en todo caso, que la extinción por finalización del plazo convenido no implica la acumulación de una alta antigüedad e indemnización por parte del empleado, ha dado lugar a que las extinciones por fin de contrato irregularmente formulados no hayan sido objeto de reclamación de forma masiva ante los juzgados.

○ *El despido exprés*

La empresa, además de obtener flexibilidad por medio de recurrir a los contratos temporales una vez agotada la renovación de los mismos, ha contado con otra herramienta que ha sido ampliamente utilizada: El denominado "*despido exprés*".

La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, introdujo una novedad que consistía en que el despido injustificado de los trabajadores podía ser directamente reconocido como improcedente siempre que la empresa se hiciese cargo del abono de la indemnización por despido correspondiente³⁹¹. De esta forma, el empresario evitaba la complejidad de un eventual juicio posterior y el devengo de salarios de tramitación.

La combinación de contratos temporales y la citada fórmula de despido, caracterizada por su gestión extremadamente sencilla y su coste cierto, dio acceso a la flexibilidad externa como vía principal de las empresas para justarse a las necesidades del mercado.

³⁹⁰ Cualquier pequeña modificación de la producción o de los servicios prestados se consideraba suficiente para la utilización de este tipo de contrato de forma que acabó vinculándose a la actividad ordinaria de la empresa y no a la generación de nueva riqueza.

³⁹¹ 45 días de salario por año de servicio con un límite de 42 mensualidades.

- *Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo hasta ahora.*

En esta tendencia que ha durado hasta nuestros días, no llegó a aplicarse de forma generalizada la regulación que se hizo en el año 1994 sobre modificación sustancial de contratos de trabajo, y ello porque las fórmulas extintivas eran más accesibles para las empresas que la tramitación de los expedientes del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, ya que:

- ✓ No requerían negociación con la representación de los trabajadores, sino que eran gestionadas exclusivamente por la empresa.
- ✓ No solían llevar aparejada la asistencia a juicio, al contrario que una modificación con base en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores que tenía alto riesgo de suscitar controversias que solían resolverse posteriormente en juicio.

A esto se añade el hecho de que, en múltiples ocasiones, en la empresa no existían representantes de los trabajadores lo que llevaba aparejada una gran incertidumbre sobre la forma de tramitar el periodo de consultas³⁹².

Además, no hay que olvidar los impedimentos que surgían del hecho de que, tanto los representantes de los trabajadores como los trabajadores afectados por las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, continúan en la empresa tras la referida medida, a diferencia del supuesto de las extinciones, de tal manera que cuando la representación de los trabajadores asume la responsabilidad de negociar y firmar extinciones de sus compañeros en un ERE, una vez ejecutada la medida, el mensaje que se va a transmitir es que se ha producido la adecuación de la capacidad productiva a las necesidades de producción y, por lo tanto, aumentan las expectativas y esperanza de los trabajadores que han quedado en la empresa.

Por el contrario, en el supuesto del artículo 41, los afectados que, en razón de la medida asumen condiciones laborales diferentes a las que originariamente estaban pactadas y presumiblemente más onerosas, han de convivir con la representación de los trabajadores que ha negociado las citadas modificaciones y ostentan el cargo de electores en las futuras elecciones sindicales, lo que hace que la representación legal de los trabajadores se resista a alcanzar acuerdos de dicha naturaleza.

2. CAMBIO DEL MODELO DE FLEXIBILIDAD

En el contexto donde prevalecía la flexibilidad externa sobre la flexibilidad interna, nace la reforma del año 2010 en la que se pretende:

³⁹² Se habían solucionado por la vía de hecho los problemas de representación legal de los trabajadores en los casos de expedientes de regulación de empleo para la extinción de contratos de trabajo, lo que no había ocurrido, en términos generales, en el marco de las modificaciones sustanciales de condiciones de carácter colectivo.

- Cambiar el modelo del mercado de trabajo en España reduciendo la contratación temporal en favor del contrato indefinido, así como dotar a la empresa de un conjunto de reglas para mejorar la flexibilidad en su gestión.
- Luchar frente la situación de crisis y desempleo.

Con la citada finalidad, se toman medidas relacionadas con la flexibilidad externa e interna. Respecto a la flexibilidad externa, se trata de hacer desaparecer la flexibilidad con la que cuentan las empresas en dicho ámbito y que hacen efectiva a través de la no renovación de los contratos temporales y, al mismo tiempo, se trata de facilitar las extinciones causales o, incluso, no causales abaratándolas.

Por otro lado, la reforma del 2010 procede a fomentar la utilización de la contratación indefinida abaratando los costes de extinción para los nuevos contratos indefinidos, concretamente:

a) Respecto de la contratación indefinida.

- Se amplía sustancialmente el contrato de fomento de la contratación indefinida que puede formalizarse con la práctica totalidad de la población activa, contrato que en caso de despido objetivo declarado improcedente tiene una indemnización máxima de 33 días de salario por año de servicio con un límite de 24 mensualidades.
- Por otro lado, se facilita la utilización del despido objetivo (ej.: supresión de nulidad en caso de defecto formal, modificación de las causas haciéndolas más laxas).
- Adicionalmente, se reduce el coste empresarial de los nuevos despidos por medio de que un fondo de capitalización, o temporalmente el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), asumiendo éste parte del coste de la extinción (8 días de salario por año de servicio).

b) Respecto de los contratos temporales, se penaliza su uso:

- Los trabajadores con contrato de obra que alcancen los tres años (que pueden ampliarse doce meses adicionales por convenio colectivo) de duración adquirirán la condición de indefinidos.
- Se renueva la regla de concatenación de contratos, por la cual, adquieren la condición de trabajadores fijos aquellos que hubiesen estado contratados más

de veinticuatro meses en un periodo de treinta mediante dos o más contratos temporales³⁹³³⁹⁴.

- Se hace más onerosa la utilización de esta fórmula de contratación para la empresa al incrementarse la indemnización por finalización de contratos temporales de 8 a 12 días de salario por año trabajado³⁹⁵.

El establecimiento de reglas objetivas para restringir la utilización de los contratos temporales totalmente desvinculadas de la causa de temporalidad de los mismos, supone una autentica desnaturalización de los contratos temporales que estaban concebidos para cubrir necesidades temporales de la empresa.³⁹⁶

3. VALORACIÓN DE LAS REFORMAS

El objeto de este trabajo es la valoración del alcance que tiene la nueva regulación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Con el citado objeto, procedemos a analizar tanto la flexibilización de las causas en las que se basan las citadas modificaciones, como los cambios en el procedimiento que se producen con la reforma.

Respecto a la valoración de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, seguiremos el siguiente esquema:

La valoración de las causas.

La reforma de las causas.

- *Causas defensivas y causas ofensivas antes de la entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.*
- *Las causas en el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.*
- *Las causas en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.*

Criterios interpretativos que ilustran acerca del alcance de las causas

³⁹³ Por medio de la “Ley Caldera” se limitó la utilización de contratos temporales en cadena, si bien la reforma reformuló las condiciones para la adquisición de la condición de fijo por concatenación de contratos.

³⁹⁴ En un contexto de crisis como el actual, el R.D. 10/2011 suspende la referida regla de concatenación de contratos.

³⁹⁵ El incremento de ocho días de indemnización de salario por año de servicio a doce días, se estableció de forma progresiva en atención a la actual situación de crisis.

³⁹⁶ Ello revela la injusticia que puede darse en el supuesto de empresas que desarrollen obras de larga duración, véase vigilantes jurados.

- *Interpretación jurisprudencial del artículo 52.1.c) ET, en su redacción otorgada por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida.*
- *Interpretación jurisprudencial del artículo 41 ET, en su antigua redacción otorgada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo.*

Respecto a otras modificaciones que afectan a la aplicación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, seguiremos el siguiente esquema:

Sobre los cambios en el procedimiento que facilitan la aplicación del artículo 41 ET.

- *Duración del período de consultas no superior a 15 días.*
- *Presunción de concurrencia de las causas justificativas de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en caso de que el período de consultas concluya con acuerdo entre las partes.*
- *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo en empresas sin representación legal de los trabajadores.*
- *Contenido mínimo de los convenios colectivos.*
- *Posibilidad de sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa.*
- *Fortalecimiento del acuerdo que se alcance.*

Expuesto los esquemas anteriores, se procede a su desarrollo.

La valoración de las causas.

La reforma de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Las modificaciones de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción se producen por medio de dos pasos: a) Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y, b) posteriormente en la ley 35/2010, de 17 de septiembre.

Para valorar la potencialidad de la modificación de las causas de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo por la vía del citado artículo 41 ET, es conveniente realizar una valoración integradora, como hace la STS de 17 de Junio de 2005, la cual delimita el alcance de las mismas en correlación con las causas exigidas para operar el despido objetivo siguiendo una interpretación sistemática de la norma.

- *Causas defensivas y causas ofensivas antes de la reforma del mercado de trabajo.*

A partir de la regulación de 1994, se advierte que, entre las medidas que tienen los empresarios para combatir los supuestos de crisis o para adaptarse a las necesidades del mercado, podemos distinguir entre:

- a) Medidas que resultan en la extinción del contrato (expediente de regulación de empleo y despidos objetivos por causas económicas técnicas, organizativas o de producción) y que, por tanto, aparecen como medidas de carácter defensivo³⁹⁷.
- b) Medidas orientadas a la modificación del contrato de trabajo que tienen un carácter ofensivo.

En el despido colectivo se establecía que, si las causas aducidas eran económicas, la medida adoptada habría de contribuir a “*superar una situación negativa de la empresa*” o, si la causa era técnica organizativa o de producción, la medida debía “*garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos*” extremos que requieren situaciones próximas a la inviabilidad, y por ello de destrucción de riqueza (situación negativa, viabilidad futura de empresa y de empleo). En cambio, el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores requería que las medidas modificativas propuestas contribuyesen “*a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*”.

No ha existido una interpretación uniforme de estos términos pero puede entenderse que la utilización de medidas de mayor intensidad, es decir, de aquellas que implican la extinción del contrato de trabajo con indemnizaciones reducidas, estaban reservadas para aquellas empresas que teniendo un problema de funcionamiento se veían, por el mismo, en peligro de reducción o extinción. En cambio, la adaptación del contrato de trabajo a las necesidades del mercado era viable en todos aquellos supuestos en los que existía un funcionamiento productivo o organizativo o una situación económica que hacía conveniente dicha modificación, pero no se exigía el requisito de inviabilidad de la actividad.

- *Las causas en el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.*

³⁹⁷ La ley 63/2007, de 26 de diciembre, reformó las causas de despido objetivo del artículo 52.1.c del ET que dió lugar a una redacción un punto más relajada y que, a su vez, han sido interpretada de manera bastante flexible por el Tribunal Supremo.

La exposición de motivos del RD 10/2010 daba mucha importancia a la promoción de la flexibilidad interna en la empresa para adaptar las condiciones del contrato de trabajo a las necesidades del empresario, frente a la flexibilidad externa, la cual quería reducirse.

Sin embargo, el citado texto legal modifica preferentemente aquellos aspectos relacionados con el despido objetivo con la finalidad de conseguir que la extinción de los nuevos y antiguos contratos indefinidos sea más accesible para la empresa, de esta manera:

- Se suprimen los riesgos de nulidad.
- Se facilita la negociación al incrementar la incertidumbre de los trabajadores motivada por la mayor flexibilidad de las causas.
- Se reducen los pasos de gestión del despido al reducir el preaviso establecido.
- Se establece una aportación con cargo al fondo de capitalización de indemnizaciones o del FOGASA que reduce el coste empresarial en aquellas extinciones que sean por causas objetivas.

Mientras que, en contradicción con su espíritu, en lo que respecta a la regulación de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, no aparecen cambios relevantes en cuanto a la justificación de las causas que faciliten su utilización.

De esta forma, el artículo 51 ET, en su redacción otorgada por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, dispone respecto de las causas económicas que³⁹⁸:

“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa. 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”.

Respecto de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción:

“A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas 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

³⁹⁸ El mismo artículo del ET en su versión anterior: “Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.”

competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.”

Por su parte, el artículo 41 ET, en su redacción dada por el referido Real Decreto 10/2010, establece lo siguiente³⁹⁹:

“Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.”

A partir de lo anterior, se advierte la atenuación de las exigencias requeridas para el despido objetivo especialmente en las causas técnicas, organizativas o de producción, así como que las mismas se acercan de forma extrema a la redacción y exigencias establecidas por el artículo 41 para la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Por tanto:

- a) Por un lado, la exigencia de causas para extinguir un contrato de trabajo se hace más flexible, lo que invade el campo de aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en lo que hemos denominado causas ofensivas.
- b) La jurisprudencia previa interpretativa del alcance del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores ilustra y facilita referencias para entender las nuevas exigencias del artículo 51 sobre despido objetivo.
- c) Al establecerse las mismas exigencias para ambas medidas y, adicionalmente, respecto de la extinción del contrato, la levedad de la exigencia de justificación, que se reduce a que de las causas pueda deducirse *“mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva”*, se puede concluir que el nivel de exigencia del Real Decreto-Ley 10/2010 para proceder a la extinción de un contrato es más flexible que para proceder a la modificación del mismo, lo que no se corresponde con la naturaleza de las cosas y con el espíritu de las reformas anunciado en su exposición de motivos.

Se concluye, por tanto, que el gobierno, si bien anuncia que quiere favorecer la flexibilidad interna en las empresas, dedica mayor atención a la regulación de los cambios que afectan a la flexibilidad externa. Esta deficiencia se ve corregida con la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, en la que vuelven a precisarse y concretarse las causas que se exigen tanto para la extinción como para la modificación de los contratos de trabajo.

- *Las causas en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.*

³⁹⁹ El Real Decreto 10/2010, no modifica la dicción anterior en este precepto.

En relación a las causas económicas, éstas se flexibilizan al incluirse, como causa, las pérdidas previstas y, como exigencia, la preservación o el favorecimiento de la posición competitiva en el mercado de la empresa.

Respecto de las causas técnicas, organizativas o de producción se mantiene fundamentalmente el mismo texto con una clara vocación ofensiva tendente a que la medida sea adecuada para hacer a la empresa más competitiva y atender mejor a su demanda.

El artículo 51 ET, en su redacción dada por la Ley 35/2010, dispone cuanto sigue respecto de las causas económicas:

*“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, **en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo.** A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce **la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.**”*

Y respecto de las causas técnicas, organizativas y de producción:

*“A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce **la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación** 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.”*

Por otra parte, el artículo 41 en su redacción dada por la citada Ley 35/2010:

*“Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas **contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma** a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.*

La modificación introducida por la ley 35/2010 viene a restablecer el equilibrio que debe existir entre la extinción por causas objetivas y la modificación del contrato por dichas causas, siendo, tal y como se anuncia en la exposición de motivos, una medida preferente la modificación de condiciones, como solución del anormal funcionamiento productivo, sobre la extinción del contrato, al haberse añadido a las

exigencias “*la necesidad de mejorar las perspectivas de la empresa*” que se ha de entender, a pesar de su poca concreción, en el sentido de que la exigencia necesaria para modificar el contrato es más flexible que la exigida para su extinción.

Criterios interpretativos que ilustran acerca del alcance de las causas

- *Interpretación jurisprudencial del artículo 52.1.c) ET, en su redacción otorgada por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida.*

La literalidad del artículo 52.1.c) ET, en su redacción otorgada por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, era la siguiente:

“En contrato podrá extinguirse:

(...)A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para la superación las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”.

Por su parte, la actual redacción del artículo 41 ET es la que sigue:

“Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.”

La mera lectura de los preceptos anteriores pone de manifiesto la gran similitud existente entre los mismos, lo cual, a su vez, y a partir de la interpretación judicial que se venía haciendo del precepto 52.1.c) ET en su redacción otorgada por la Ley 63/1997, pone de relieve la enorme flexibilidad con que han de ser apreciadas las causas justificativas de cualquier modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Si bien lo anterior, es conveniente partir del hecho de que las empresas, en aplicación del precepto anterior, 51.2.c) ET en su redacción otorgada por la Ley 63/1997, procedían a llevar a cabo extinciones de los contratos de trabajo que, en la mayoría de los casos, no llegaban a buen término. Y ello por razones tales como el incumplimiento de los requisitos formales establecidos en la legalidad al efecto, lo cual comportaba la nulidad de la decisión extintiva, o por cuestiones de volumen de prueba necesaria para acreditar la concurrencia de las causas justificativas de tal decisión.

A pesar de la dificultad de las empresas a que se ha hecho referencia, la aplicación del referido precepto por el Tribunal Supremo, con carácter general, comportaba que gran número de las decisiones extintivas fueran declaradas procedentes

y ello por cuanto la interpretación que consideraba el Tribunal de las causas justificativas de este tipo de medidas era de enorme flexibilidad, esto es, entendía fácilmente concurrentes las anteriores.

En este sentido, basta tener en consideración cuanto se recoge en las Sentencias del Tribunal Supremo, de fecha 10 de mayo de 2006 [RJ 2006/7694] y de 31 de mayo de ese mismo año [RJ 2006/3971]⁴⁰⁰, de las que se desprende la flexibilidad con la que se entienden concurrentes las causas justificativas de este tipo de extinciones contractuales, en concreto, las anteriores exponen al respecto lo siguiente:

“(...) a partir de la modificación del artículo 52.c. ET, establecida en la Ley 63/1997, las <<dificultades>> que justifican la modalidad de despido descrita en el mismo, no necesitan ser de tal entidad que pongan en peligro la viabilidad futura de la empresa o del empleo en la misma. Basta, como se dice literalmente en la redacción actual del precepto, con que <<impidan>> su <<buen funcionamiento>>, refiriendo éste bien a las <<exigencias de la demanda>>, bien a la <<posición competitiva en el mercado>>”.

El criterio expuesto en la citada Sentencia es manifiestamente ofensivo en el sentido de considerar ampliamente la concurrencia de las causas justificativas de este tipo de extinciones contractuales, con lo que mucho más ofensivo habrá de ser el criterio a partir del cual se considere la concurrencia de las causas justificativas de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo reguladas en el artículo 41 ET.

Y ello porque, tal y como se recoge por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de mayo de 2005 [RJ 2005/9696]: *“La razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo («flexibilidad externa» o «adaptación de la plantilla») que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo («flexibilidad interna» o «adaptación de condiciones de trabajo»). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la «libertad de empresa» y de la «defensa de la productividad» reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de «reestructuración de la plantilla», la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la «libertad de empresa» y el «derecho al trabajo» de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional.”*

○ *Conclusión.*

⁴⁰⁰ Despidos objetivos realizados por la empresa Luis Caballero Comercial y Distribución, S.A., por causas organizativas y productivas, basados en el gran ahorro que deriva de la subcontratación de la actividad productiva que correspondía a los puestos de trabajo amortizados. El Tribunal Supremo resuelve considerando justificados los citados despidos objetivos, entendiendo que concurren las causas justificativas exigidas legalmente al efecto.

Toda esta serie de circunstancias, como se reforzará a continuación, ponen de manifiesto la relevancia de la regulación, otorgada por la Ley 35/2010, de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, y ello porque este tipo de medidas se conforman sumamente accesibles para el conjunto de las empresas.

- *Interpretación jurisprudencial del artículo 41 ET, en su antigua redacción otorgada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo.*

El último párrafo del artículo 41.1 ET, en su antigua redacción otorgada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, disponía lo siguiente:

“Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

Por su parte, el actual artículo 41 ET establece cuanto sigue:

“Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.”

Por tanto, tal y como se desprende a partir de la lectura de ambos preceptos, es significativa, por una parte, la gran similitud existente entre uno y otro, y, por otra, la mayor flexibilidad o amplitud, en cuanto a la concepción de las causas justificativas de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, del precepto 41 ET en su redacción actual.

A raíz de lo anterior, es destacable la interpretación del citado precepto 41 ET, en su redacción otorgada por la Ley 11/1994, realizada por los Tribunales en tres sentidos distintos:

- Una primera interpretación, la literal:
 - *“(…) No es la <<crisis>> empresarial sino la <<mejora>> de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo”⁴⁰¹.*

⁴⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 17 de mayo de 2005 [RJ 2005/9696].

Conflicto colectivo promovido por Federación Regional de Servicios FES-UGT contra Segur Ibérica, S.A., en disconformidad con la decisión de ésta última consistente en modificar los turnos de trabajo de sus empleados, ajustándolos a los horarios establecidos en el Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Seguridad, y ello con la finalidad de ahorrarse los costes derivados del abono de horas nocturnas.

- “La posibilidad de imponer modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo no se limita a las empresas en crisis y puede ser adoptada aunque la marcha de la empresa puede ser positiva o no exista peligro sobre su viabilidad”⁴⁰².
- Una segunda interpretación, la sistemática:
 - “se confirma mediante la comparación de lo que ordena el artículo 41 del ET con lo que mandan los artículos 51 y 52.c del propio ET para el despido colectivo y para el despido objetivo por necesidades de la empresa. Estos preceptos sí establecen una referencia mucho más estricta y limitada para considerar razonables las causas de estos dos supuestos legales de despidos económicos, imponiendo de manera expresa que las respectivas decisiones empresariales de despedir contribuyan a objetivos más exigentes”⁴⁰³.
- Una tercera interpretación, la finalista:
 - *“La razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida de empleo (<<flexibilidad interna>> o <<adaptación de la plantilla>>) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (<<flexibilidad interna>> o <<adaptación de condiciones de trabajo>>). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica*

El Tribunal Supremo convalida la decisión empresarial mencionada, considerando suficiente, para la implantación de este tipo de modificaciones de las condiciones de trabajo, que las mismas comporten una mejora de la situación de la empresa, en términos de beneficios obtenidos.

⁴⁰² Criterios recogidos en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 2 de octubre de 2009, [JUR 2009/478346], cuyo supuesto de hecho se expone a continuación.

Conflicto colectivo promovido por el Sindicato UGT- Unión Regional de Asturias, que afecta a una plantilla de, aproximadamente, 12 trabajadores de la empresa Auxiliar de Servicios e Información, S.A. (“ASEINSA”), con funciones de gestores (cobradores) y jefes de equipo, rigiéndose sus relaciones laborales por el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos.

El citado conflicto fue promovido con motivo de la modificación, operada por la Empresa, del sistema retributivo de sus trabajadores; en concreto, la modificación consistió en lo siguiente: si bien, conforme al sistema retributivo anterior, se devengaba el salario de Convenio y las comisiones sobre el importe económico recobrado por el agente, el nuevo sistema, en lo que respecta a las comisiones, no atendía exclusivamente al volumen o monto económico recuperado sino también a la eficacia en la gestión de los expedientes tramitados.

La Empresa se ajustó a los requisitos formales establecidos en el artículo 44 ET, agotó el período de consultas con la finalidad de alcanzar un acuerdo con la representación legal de los trabajadores, si bien el mismo no se logró, procediendo entonces a implementar el nuevo sistema retributivo unilateralmente.

El Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo desestimó la demanda de Conflicto Colectivo formulada por el sindicato Unión General de Trabajadores contra la mercantil ASEINSA, declarando ajustada a derecho la decisión empresarial, confirmándose dicha Resolución por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en sede suplicatoria.

⁴⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 17 de mayo de 2005 [RJ 2005/9696].

que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la <<libertad de empresa>> y de la <<defensa de la productividad>> reconocidas en el artículo 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de <<reestructuración de la plantilla>>, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la <<libertad de empresa>> y el <<derecho al trabajo>> de los trabajadores despedidos reconocido en el artículo 35 del propio texto constitucional”⁴⁰⁴.

- Se admite la posibilidad de proceder a implantar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en concreto, la flexibilización de la jornada laboral de toda la plantilla de la empresa, para producir un ahorro en gastos de horas extraordinarias y generar así mayor beneficio para la sociedad, ya que la irregularidad de pedidos en el tiempo es motivo suficiente para declarar probadas las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción que hacen aconsejable la modificación de la jornada laboral, ajustando la misma a las necesidades reales de la empresa, en este sentido, *“la empresa ha acreditado, con suficiencia, concurren en el presente caso probadas razones (...) que hacen aconsejable (...) la modificación de la jornada laboral efectuada, tendente a ajustar la producción de aquélla a las necesidades reales de producción, en función de los concretos pedidos de la misma”⁴⁰⁵.*

⁴⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 17 de mayo de 2005 [RJ 2005/9696].

⁴⁰⁵ Criterio recogido en Sentencia del Tribunal Superior de Castilla y León, de fecha 25 de mayo de 2006 [AS 2006/2261], cuyo supuesto de hecho se expone a continuación.

Conflicto Colectivo, promovido por el Presidente del Comité de Empresa “Grupo Antolín Dapsa, S.A.”, contra la mercantil Grupo Antolín Dapsa, dedicada a la fabricación y venta de elevelunas, cerraduras y anclajes de asiento y capó para vehículos, que afecta a la totalidad de su plantilla, unos 180 trabajadores, rigiéndose sus relaciones laborales por el Convenio Colectivo de Trabajo de Grupo Antolín Dapsa, S.A.

El número de horas extraordinarias realizadas en 2005 por los trabajadores de la Empresa fue un 57% mayor a las realizadas en 2002, si bien, en 2006 las ventas de la Empresa descendieron un 25,25% respecto a 2005, lo que implica un descenso de horas productivas para el año 2006 de 48.838. Ante tal situación, a finales de 2005, la Empresa, previendo el descenso de ventas que en 2006 tendría lugar, propuso a la representación legal de los trabajadores implantar un sistema de flexibilidad horaria así como un calendario vacacional distinto al que venía siendo habitual, con la finalidad de minimizar el impacto del descenso de ventas que en 2006 acontecería, paliando, de esa forma, el citado excedente de horas.

En concreto, fecha 14 de noviembre de 2005, la Dirección de la Empresa entregó al Comité de Empresa propuesta de calendario laboral para el año 2006 proponiendo dos cuestiones principales, cuáles eran, por un lado, la posibilidad de flexibilidad horaria, consistente en 10 jornadas de 8 horas de flexibilidad, creándose una bolsa de horas individualizada para cada trabajador, cuyo saldo inicial sería de 0 horas, incrementándose dicha bolsa los días que se trabaje (+ 8 horas), y decrementándose los días que se descansa (- 8 horas), con una compensación de 25 € por cada jornada de trabajo flexible, con un plazo de preaviso de 5 días tanto para trabajar como para descansar, lo que supondría para la Empresa minorar el exceso de 48.838 horas en 8.000 horas; y, por otro, se proponía el disfrute de vacaciones de la siguiente forma: 20 días, desde el 31 de julio al 19 de agosto de 2006, 6 días, del 26 al 31 de diciembre, y 4 días salpicados para cubrir puentes.

Cumplidos por la Empresa los trámites formales del artículo 44 ET, agotado el período de consultas, no se logró alcanzar un acuerdo con la representación legal de los trabajadores, de manera que la Dirección de la Empresa comenzó el año 2006 con el calendario laboral propuesto por la Empresa.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, en todo caso, el alcance del control judicial de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo se encuentra delimitado en el modo en que expone la propia Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 17 de mayo de 2005, a que se viene haciendo referencia, en concreto:

“La posibilidad de realizar modificaciones sustanciales (...) se ha de valorar “sin (...) sustituir al empresario en la elección de la medida empresarial óptima”, “aparece como una medida razonable que a los trabajadores se les modifiquen las retribuciones variables para adecuarlas a las necesidades del sector, sin que el examen sobre la justificación o no de la medida pueda descender a niveles como si la misma es o no la más conveniente, pues ello pertenece al ámbito de la facultad empresarial de organizar y dirigir la empresa”.

Lleva a concluir cuanto sigue:

- ✓ No hace falta que las empresas se encuentren en una situación negativa para proceder a llevar a cabo modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de sus empleados, ya que, con el hecho de que la citada medida comporte una mejora de su situación, es suficiente.
- ✓ Las exigencias legales para proceder a realizar modificaciones sustanciales de los contratos de trabajo son mucho más laxas que las exigencias para llevar a cabo extinciones contractuales.

○ *Conclusión*

Por todo ello,

- La nueva redacción otorgada al artículo 41 ET por la Ley 35/2010 en lo que respecta a la descripción de las causas exigibles, más flexible que la establecida por la Ley 11/1994, comporta que prácticamente cualquier modificación de las condiciones de trabajo, en tanto redunde en mejora de la situación general de la empresa, se ajuste a las exigencias previstas en la legalidad.
- El desplazamiento del despido objetivo y del despido colectivo al campo de las medidas ofensivas desplaza el ámbito de actuación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo a un nivel de exigencia de menor intensidad de las causas que el que ya le venía reconociendo la Jurisprudencia.

La citada decisión empresarial se estima conforme a derecho por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Brugos, confirmándose esta Resolución por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

- Con la regulación actual, si tenemos en cuenta que en entidades de organización como las empresas casi siempre existe la posibilidad de mejorar el funcionamiento de las mismas y su competitividad por medio de la modificación de las condiciones de trabajo, el ordenamiento invita a la empresa a la modificación de los pactos extra-estatutarios que tenga vigentes o las condiciones laborales que tenga históricamente reconocidas como práctica de empresa o, incluso, a la modificación de las condiciones disfrutadas individualmente por sus trabajadores.

Sobre los cambios en el procedimiento que facilitan la aplicación del artículo 41 ET. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

- o *Duración del período de consultas no superior a 15 días.*

Se agiliza el procedimiento de implantación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, reduciendo la duración del período de consultas; así, se pasa de un período de consultas de “duración no inferior a 15 días” a un período de consultas “de duración no superior a 15 días”.

- o *Presunción de concurrencia de las causas justificativas de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en caso de que el período de consultas concluya con acuerdo entre las partes.*

Se introduce la presunción legal consistente en que cuando el período de consultas concluya con acuerdo, se presume concurren las causas justificativas de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

De ahí que sólo sea posible el control judicial del acuerdo que se hubiera alcanzado por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

- o *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo en empresas sin representación legal de los trabajadores.*

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores, la citada Ley otorga la posibilidad de que los trabajadores atribuyan su representación para la negociación del acuerdo, a su elección:

- A una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente, o,
- A una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

En este último caso, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

○ *Contenido mínimo de los convenios colectivos.*

Se establece como contenido mínimo de los convenios colectivos, la previsión de procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tales artículos.

○ *Posibilidad de sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa.*

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar, en cualquier momento, la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo.

○ *Fortalecimiento del acuerdo que se alcance.*

Se suprime la posibilidad de impugnar individualmente el acuerdo que, en su caso, se llegue a alcanzar en la negociación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, así como la decisión del empresario consistente en llevar a término las anteriores, en el supuesto de no lograrse un consenso al respecto.

○ *Conclusión.*

La suma de estas medidas viene a facilitar la adopción de acuerdos de modificación de condiciones de trabajo.

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo requiere acuerdo entre la empresa y la representación legal de los trabajadores y, únicamente, puede tener lugar respecto de determinadas materias enunciadas en el referido precepto 41 ET, exigiéndose, en el supuesto de que dichas condiciones de trabajo que se pretenden modificar se encuentren reguladas en convenio colectivo sectorial, notificación del citado acuerdo a la Comisión Paritaria del mismo, lo cual, es conforme a la finalidad de mantener la información de la realidad del sector en

el ámbito que le es propio, esto es, en la representación de empresas y trabajadores legitimados para negociar el convenio colectivo.

Si bien lo anterior, la Ley 35/2010 ya prevé la posibilidad de que no se logre alcanzar un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores acerca de la modificación de las referidas condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo, y, por ello, la Ley obliga a que, mediante acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, se establezcan los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los referidos acuerdos, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso, el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento estipulado al efecto en el propio convenio colectivo y en base a motivos tasados.

Así, teniendo en cuenta la previsión legal anterior, es previsible que el sometimiento de la controversia a un procedimiento de arbitraje favorezca que se alcancen acuerdos para la implementación de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos, pues se ha de tener en cuenta que, en tal caso, los trabajadores pierden su “*poder de bloqueo*” y, además, tendrán el temor de que la decisión del árbitro que llegue a conocer del asunto sea menos favorable a sus intereses que el acuerdo que, en su caso, la representación de los mismos llegara a alcanzar con la empresa.

4. EL “DESCUELQUE SALARIAL”

Históricamente, la empresa ha encontrado serias dificultades para “descolgar” del convenio colectivo de ámbito superior al de empresa en materia salarial, y ello, básicamente, por el difícil procedimiento establecido en los propios convenios colectivos a tal fin.

La Ley 35/2010 ha supuesto un cambio en ese sentido ya que, si bien con anterioridad a su entrada en vigor, se exigía para proceder al citado “*descuelgue*” en materia salarial que la “*estabilidad económica*” de las empresas pudiera verse dañada por la aplicación de las tablas salariales recogidas en convenio colectivo de ámbito superior al de empresa, con posterioridad a su entrada en vigor, se habla simplemente de “*empresas cuya situación y perspectivas económicas pudieran verse dañadas como consecuencia de esta aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo*”.

Lo anterior ha facilitado que las empresas puedan proceder a “*descolgar*” del convenio colectivo de ámbito superior al de empresa que les resulte de aplicación, si bien, ésta no es la única novedad que, con la referida finalidad, ha sido objeto de regulación.

En este sentido, entre las modificaciones operadas por la Ley 35/2010, destacables por su contribución a facilitar el logro de un acuerdo en el marco de un procedimiento de negociación acerca de la implementación del mencionado “*descuelgue salarial*”, se pueden destacar las que siguen:

- ✓ La previsión del supuesto basado en que la empresa no cuente con representación legal de los trabajadores para la negociación y, en su caso, logro de un acuerdo para implementar dicha medida, previendo, en tal supuesto, la posibilidad de nombrar una representación *ad hoc* en los términos del artículo 41.4 ET a los mencionados efectos.
- ✓ La protección otorgada al acuerdo que, en su caso, se llegara a alcanzar, pues, en tal supuesto, se presume concurren las causas justificativas para proceder a dicho “*descuelgue*”, y el control judicial de dicho acuerdo sólo es posible cuando el mismo se impugne por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.
- ✓ El establecimiento de la necesidad de que el acuerdo que se llegue a alcanzar, para proceder al citado “*descuelgue salarial*”, fije la retribución que han de percibir, durante su vigencia, los trabajadores afectados.
- ✓ El establecimiento de la posibilidad de que el citado acuerdo prevea, en caso de que las causas justificativas de la medida llegaran a desaparecer, una programación progresiva que, al final, comporte el disfrute por los trabajadores afectados de las mismas condiciones salariales de que venían gozando con anterioridad a la implementación de la citada medida.
- ✓ La necesidad de que el “*descuelgue salarial*” no tenga incidencia en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio colectivo, referentes a la eliminación de discriminaciones retributivas por razón de sexo, de tal manera que las reducciones salariales que se produzcan por dicho motivo hayan de realizarse respetando estrictamente dichas previsiones normativas al efecto.
- ✓ Se ha aclarado el primer apartado del artículo 41 ET, disponiéndose que, entre las materias susceptibles de modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se encuentra la distribución del tiempo de trabajo, lo cual, se puede entender como una mejora técnica de la legalidad pues la alusión que hacía el Estatuto de los Trabajadores a la modificación de la “*jornada*” y “*horario*” daba lugar a equívocos en lo que respecta a la concepción de tales términos.

Así, se identifica la jornada como cantidad total de trabajo debido en un período de tiempo, y su distribución, en dicho espacio temporal, como horario, siendo, por tanto, modificable cualquier distribución del tiempo de trabajo adicional.

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA Y TRASLADO COLECTIVO

Al igual que para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la Ley 35/2010 limita el tiempo de negociación obligatorio para proceder a implementar

medidas que comporten movilidad geográfica o traslado colectivo a un plazo no superior a 15 días.

Asimismo, es de aplicación en éste ámbito la previsión de la referida legalidad consistente en dotar de representatividad suficiente a la comisión que se constituya conforme al artículo 41.4 ET a los efectos de negociar y, en su caso, alcanzar un acuerdo para llevar a cabo este tipo de medidas de movilidad geográfica y traslado colectivo.

Por otra parte, se regula la posibilidad de que, en caso de que no se llegare a alcanzar un acuerdo con la representación de los trabajadores para implementar este tipo de modificaciones, las partes se sometan a un arbitraje para solventar posibles controversias.

Esta serie de modificaciones legales ponen de relieve lo que ha supuesto, en este ámbito, la entrada en vigor de la Ley 35/2010, esto es, la agilización o facilitación del proceso que han de cumplir las empresas para la adopción de este tipo de medidas de movilidad geográfica y traslados colectivos.

6. CONCLUSIÓN

Una valoración conjunta de las reformas legislativas operadas, expuestas a lo largo del presente artículo, nos lleva a concluir que se ha favorecido, de manera sustancial, la posibilidad de que disponen las empresas consistente en modificar las condiciones de trabajo de sus empleados, y ello hasta el punto de que, tanto las reformas del artículo 41 ET referidas al fondo como las que ostentan un carácter meramente procedimental, invitan a las empresas a llevar a cabo modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de sus empleados, lo que implica una invitación a la modificación de los pactos extra-estatutarios que las mismas tengan vigentes o de las condiciones laborales que tengan históricamente reconocidas como práctica de empresa o, incluso, a la modificación de las condiciones disfrutadas individualmente por sus trabajadores.

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2010 Y EL NUEVO REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS DE REGULACIÓN DE EMPLEO⁴⁰⁶

Dr. Xavier Solà Monells
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Autònoma de Barcelona

1. Introducción. 2. El reconocimiento expreso y regulación de la reducción de jornada. 3. La promoción de acciones formativas. 4. La prohibición de horas extraordinarias. 5. Los cambios en materia de protección por desempleo. 5.1. La redefinición del desempleo total y del desempleo parcial. 5.2. La nueva regla sobre consumo de prestaciones en desempleo parcial. 6. La intensificación de los incentivos previstos en la Ley 27/2009. 6.1. Los cambios relativos a la bonificación de la cotización empresarial. 6.2. La ampliación de la reposición de la prestación por desempleo. 7. Las novedades indirectas, derivadas de la reforma del despido por causas empresariales. 7.1. La nueva formulación de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. 7.2. La modificación del procedimiento de despido colectivo. 8. Las deficiencias de la reforma laboral de 2010: principales cuestiones pendientes. 8.1. La diversificación del procedimiento. 8.2. La garantía de la temporalidad. 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las principales pretensiones de los cambios normativos operados a través del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (en adelante Real Decreto-ley 10/2010) y de la Ley 35/2010 de idéntico título (en adelante Ley 35/2010), que materializan la denominada Reforma Laboral de 2010, es la potenciación de los instrumentos de flexibilidad interna de la relación laboral. En el Preámbulo de esta última norma legal, concretamente en su punto II, se afirma expresamente que tal potenciación es uno de sus “*objetivos fundamentales*” y que se apuesta por los instrumentos de flexibilidad interna porque permiten “*el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas*”. En coherencia con ello se modifican las regulaciones del traslado colectivo (artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo –en adelante TRLET–), de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41 del TRLET), de la inaplicación salarial (artículo 82.3 del TRLET) y de la suspensión del contrato de

⁴⁰⁶ El presente estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación I+D “La reconfiguración de la intervención administrativa en los procesos de reestructuración empresarial: situación actual y retos de futuro” (SEJ2007-61746), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Una primera versión del mismo fue presentada en la sesión de 17 de diciembre de 2010 del Aula Iuslaboralista de la Universidad Autónoma de Barcelona.

trabajo por causas empresariales (artículo 47 del TRLET). Desde un primer momento queda clara la relevancia que el legislador quiere otorgar a los cambios introducidos en este último ámbito, dado que se utilizan reiteradamente como ejemplo e incluso se incorporan al título del Capítulo II de aquella norma legal.

La suspensión por causas empresariales es sin duda una pieza clave dentro de los instrumentos de flexibilidad interna, porque desarrolla una función esencial de enorme importancia en cualquier momento y más en el actual contexto de crisis económica: la gestión cuantitativa del volumen de trabajo inicialmente contratado o, más exactamente, el ajuste temporal y a la baja de dicho “*quantum*” para responder a las necesidades coyunturales de la empresa⁴⁰⁷. Su correcta configuración resulta, por tanto, esencial para posibilitar el mantenimiento del empleo en las empresas que afrontan problemas de carácter transitorio. La coincidencia sobre esta importancia junto con el general convencimiento de que el régimen jurídico del artículo 47 del TRLET presentaba deficiencias significativas, fueron los factores determinantes para incluir desde el primer momento la modificación de este precepto en la agenda de la Reforma Laboral de 2010; una modificación que a tomado como referencia la regulación alemana sobre la regulación temporal de jornada, el denominado “*kurzerbeit*”, como ha puesto de manifiesto la doctrina.

Transcurridos más de un año desde la entrada en vigor de la Ley 35/2010 y su precedente inmediato, el Real Decreto-ley 10/2010, es un buen momento para valorar con detenimiento los cambios introducidos a través de dichas normas en el artículo 47 del TRLET, por diversos motivos. En primer lugar, porque existe ya de una base doctrinal significativa sobre el particular, configurada por diversos estudios que han analizado esos cambios desde ópticas diversas y con resultados no siempre coincidentes⁴⁰⁸. En segundo lugar, porque también disponemos de la experiencia aplicativa y de los datos relativos a su puesta en práctica durante este período, donde las medidas de reducción temporal de jornada han experimentado un notable

⁴⁰⁷ Véase, al respecto, mi estudio *La suspensión por causas empresariales*, La Ley, Madrid, 2001, páginas 60-90.

⁴⁰⁸ Existen diversos estudios específicos sobre el nuevo artículo 47 del TRLET, entre los que destacan: GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación de los modelos o el *kurzarbeit* a la española”, en AA.VV. *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2010, páginas 211 y siguientes; VELASCO PORTERO, M^a. T. y FRÖLICH, M.: “La reducción de jornada por motivos económicos: el modelo alemán como referencia”, en AA.VV. *La reforma laboral de 2010*, Aranzadi, Pamplona, 2010, páginas 335 y siguientes; CHARRO BAENA, P.: “Suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, en AA.VV. *La reforma laboral de 2010*, Aranzadi, Pamplona, 2010, páginas 351 y siguientes; VIDA VIDAL, J. y VICEDO CAÑADA, L.: “La Ley 35/2010 y las reducciones de jornada con derecho a desempleo parcial”, *Aranzadi Social*, número 9, 2011 (BIB 2010/2872); y GALA DURÁN, C.: “La suspensión de contratos y la reducción temporal de jornada como estrategias empresariales frente a la crisis: perspectiva de Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social*, número 53, 2011.

También existen otros dedicados a las medidas de flexibilidad interna en general pero que prestan una especial atención a los mecanismos previstos en el artículo 47 del TRLET y que por ello merecen ser destacados, como por ejemplo ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, páginas 140 y siguientes; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”, *Actualidad Laboral*, número 4, 2011 (LA LEY 1678/2011); LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna en la relación laboral”, *Actualidad Laboral*, número 22, 2010 (LA LEY 14593/2010); y MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “El descuelgue salarial y la reducción temporal de jornada”, *Aranzadi Social*, número 2, 2010 (BIB 2010/661).

crecimiento⁴⁰⁹. En tercer y último lugar, porque el pasado mes de junio entró en vigor el nuevo Reglamento de procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado mediante el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio (en adelante RPRE 2011), que sustituye al anterior, aprobado a través del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero (en adelante RPRE 1996)⁴¹⁰. Esta nueva norma reglamentaria introduce algunas novedades significativas, tanto en las hipótesis de despido colectivo como en las de suspensión o reducción de jornada por causas empresariales, que completan y concretan las aportadas por la Reforma Laboral de 2010.

Así pues, los objetivos del presente estudio son tres. En primer lugar, identificar con la máxima claridad y precisión posibles los cambios que la Reforma Laboral de 2010 introdujo en la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales, localizando los problemas interpretativos que plantean y sus posibles soluciones, así como los que recientemente se han incorporado a través del RPRE 2011. En segundo lugar, valorar esos cambios desde una perspectiva crítica, determinando en qué medida contribuyen a configurar instrumentos equilibrados y equitativos, que permitan al empresario reaccionar con eficiencia ante las situaciones de dificultad coyuntural que se le planteen, y también poner de manifiesto los principales déficits de la reforma, es decir, aquellos otros ámbitos donde debería haberse incidido y no se ha hecho.

De acuerdo con este esquema los epígrafes que siguen se dedicarán sucesivamente al análisis de los cambios introducidos en el artículo 47 del TRLET, a los que han afectado a las reglas de protección social relacionadas (prestación por desempleo e incentivos) y, finalmente, a los generados indirectamente por la modificación del despido por causas empresariales. Posteriormente se expondrán los principales déficits de la reforma reservando un último apartado para recopilar las conclusiones parciales y valorar desde una perspectiva global la incidencia de los cambios operados durante los últimos dos años en la figura que nos ocupa.

2. EL RECONOCIMIENTO EXPRESO Y REGULACIÓN DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA

Una de las aportaciones más destacadas y positivamente enjuiciadas del Real Decreto-ley 10/2010 y la Ley 35/2010 es el reconocimiento expreso y regulación de la reducción de jornada en el artículo 47 del TRLET, concretamente en su apartado 2. Para determinar con precisión los cambios que se han producido en este punto y poderlos

⁴⁰⁹ Los datos ofrecidos por el *Boletín de Estadísticas Laborales* (<http://www.mtin.es/estadisticas/bel/index.htm>), ponen de manifiesto que durante el año 2010 se incrementaron notablemente tanto los expedientes de reducción de jornada autorizados (3.160 frente a 2.131 en 2009) como el número de trabajadores afectados por tales medidas (38.113 frente a 20.591 en 2009). A pesar de ello continúan estando por debajo de la suspensión, que el año pasado justificó la concepción de 10.532 autorizaciones que afectaron a 210.359 trabajadores y trabajadoras (frente a las 13.318 concedidas en 2009, que afectaron a 465.215 trabajadores y trabajadoras).

⁴¹⁰ Esta modificación ya estaba prevista, dado que la Disposición Final tercera de la Ley 35/2010 obligaba al Gobierno a aprobar “*previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas*” un Real Decreto para la modificación del RPRE 1996 “*para su adaptación a lo dispuesto en esta Ley, con particular atención al contenido del plan de acompañamiento social de los expedientes de regulación de empleo como instrumento para favorecer la recolocación de los trabajadores afectados y la mejora de su empleabilidad*”.

valorar desde una perspectiva crítica resulta obligado recordar cual era la situación previa en relación a esta medida; una situación que como se comprobará inmediatamente resultaba un tanto confusa.

Con anterioridad a la entrada en vigor de esas normas reformadoras el artículo 47 del TRLET y su desarrollo reglamentario, el artículo 20 del RPRE 1996, tan solo contemplaban la posibilidad de “*suspender*” el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Aunque nada se decía sobre las posibles formas de esta suspensión, quedaba claro que podía ser tanto de carácter continuo (inactividad durante un período consecutivo de tiempo –días, semanas o meses-) como discontinuo, alternando las fases de inactividad con otras fases de prestación de servicios (por ejemplo, inactividad de la mitad de la jornada diaria durante dos meses, de dos días por semana durante tres meses, de dos semanas al mes durante cuatro meses, etc.)⁴¹¹. Aunque la suspensión continua era, y sigue siendo todavía, la hipótesis ordinaria o más habitual, dado que la mayoría de las causas contempladas en el artículo 45.1 del TRLET generan esa situación, varias de ellas también pueden generar suspensiones discontinuas (por ejemplo, el ejercicio del derecho de huelga, la maternidad, la paternidad, la adopción y el acogimiento), que en algunos casos disponen de regulaciones específicas⁴¹².

En este contexto la reducción de jornada no se hallaba expresamente reconocida en la norma estatutaria ni en el RPRE pero sí se admitía en la práctica administrativa, que la incluía en el elenco de medidas que podían autorizarse a un empresario a través del procedimiento de regulación de empleo⁴¹³; y también estaba prevista en la normativa de seguridad social, concretamente en los artículos 203.3 y 208.1.2 del TRLGSS y 1.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que la identificaban como la causa determinante del desempleo parcial⁴¹⁴. Tanto en un ámbito como en el otro la reducción de jornada aparecía formalmente diferenciada de la suspensión y se definía por implicar una disminución de la jornada diaria ordinaria de trabajo, de forma que las restantes formas de inactividad continua y discontinua se calificaban como “*suspensión*” en sentido estricto. A pesar de ello, la identidad conceptual y la coincidencia de régimen jurídico con la suspensión, excepto en materia de protección por desempleo, llevaban a entender que la reducción de jornada no era más que una variante de la medida contemplada en el artículo 47.1 del TRLET formalmente diferenciada en algunos

⁴¹¹ Me remito de nuevo a mi estudio *La suspensión...*, obra citada, páginas 7-10.

⁴¹² Me refiere concretamente a la suspensión por maternidad, adopción o acogimiento y a la suspensión por paternidad, que pueden ser disfrutadas de forma discontinua, alternando suspensión con trabajo, en la variante denominada “*suspensión a tiempo parcial*”, admitida con carácter general en los artículos 48.4 y 48 bis del TRLET y regulada en la Disposición Adicional 1ª del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁴¹³ Los formularios que debía rellenar el empresario que instase un expediente de regulación de empleo, bastante homogéneos a pesar del reparto competencial existente en esta materia, concretaban la solicitud de este sujeto en tres posibles medidas: extinción, suspensión o reducción de jornada. Idéntico esquema seguían las estadísticas elaboradas por la Administración en esta materia, dado que en el *Boletín de Estadísticas Laborales* se computan por separado esas tres medidas.

⁴¹⁴ Baste recordar que el primero de dichos preceptos establecía que “*El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción*”, añadiendo en su segundo párrafo que “*se entenderá por reducción de jornada aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo*”.

ámbitos; una conclusión que asumió el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 213/2005, de 21 de julio⁴¹⁵. A mi entender, esta posición no sólo era en ese momento la más coherente con las características de la reducción de jornada sino también la única que otorgaba un fundamento sólido para defender la validez de esta medida⁴¹⁶.

En resumidas cuentas, hasta la Reforma Laboral de 2010 la reducción de jornada no se hallaba formalmente reconocida en la norma laboral pero ya existía en la práctica administrativa y se contemplaba en el ámbito de la Seguridad Social, donde se definía de forma relativamente clara, homogénea y formalmente diferenciada de la suspensión, aunque en realidad no era más que una especie de esta categoría genérica.

La situación cambia radicalmente con el nuevo apartado 2 del artículo 47 del TRLET, dado que la reducción de jornada no sólo se reconoce de forma expresa, sino que también es objeto de definición y se delimita su régimen jurídico. Dicho apartado establece que la reducción de jornada es “*la reducción temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual*” y determina que las causas que justifican el recurso a esta medida son las mismas que la suspensión, siendo también idéntico el procedimiento a seguir para ponerla en práctica. Se opera de esta forma el afloramiento de una realidad preexistente, que ha sido destacada en diversos estudios de la Reforma Laboral de 2010 y valorada de forma muy positiva, al considerar que permite regularizar una situación poco satisfactoria y contribuye a un mejor conocimiento de la reducción de jornada, lo que en definitiva potencia su utilización⁴¹⁷.

A mi modo de ver, el reconocimiento expreso de la reducción de jornada en la norma estatutaria merece también un juicio positivo, porque sin duda implica una mejora en relación al contexto precedente, pero resulta criticable la forma como se ha llevado a cabo o, más exactamente, la definición que se le otorga, que como se

⁴¹⁵ Esta conocida sentencia analiza la constitucionalidad del diferente trato que en materia de protección por desempleo reciben las reducciones de jornada adoptadas a través del artículo 41 del TRLET y las autorizadas a través de expediente de regulación de empleo. El Tribunal Constitucional concluye que no existe diferencia de trato vulnerador del derecho de igualdad ante la ley porque ambas situaciones no son comparables, dado que presentan “*diferencias sustanciales*” en lo que refiere a “*la naturaleza misma de la alteración de la relación laboral que se produce en uno y otro supuesto, las causas que lo justifican, el alcance del control público sobre la concurrencia de dichas causas y las posibilidades de reacción de los trabajadores disconformes con la modificación operada en cada caso*” (Fundamento Jurídico 7). Para alcanzar tal conclusión realiza un análisis detallado de ambas variantes de reducción de jornada, en el cual se afirma que las tramitadas a través de expediente de regulación de empleo “*se identifican con las suspensiones de contratos a las que se refiere el artículo 47 del TRLET*” y que “*las diferencias entre una suspensión de contratos y una reducción de jornada resultan de hecho inexistentes o poseen un alcance meramente nominal*” (Fundamento Jurídico 6, apartado a).

⁴¹⁶ Resultaba muy forzado desde un punto de vista técnico defender que la práctica administrativa vinculada a los expedientes de regulación de empleo pudiese reconocer una medida que no estaba prevista ni en el marco legal ni en el marco reglamentario sobre la materia, aunque la normativa de Seguridad Social efectuase alguna referencia a la misma.

⁴¹⁷ Véanse, entre otros: ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones...”, obra citada, páginas 142-143; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El contrato de trabajo en la Ley 35/2010”, *Diario La Ley*, número 7488, página 5; CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2011”, *Relaciones Laborales*, número 21, 2010 (LA LEY 13889/2010), página 7; CHARRO BAENA, P.: “Suspensión del contrato...”, obra citada, página 370; y REY GUANTER, S. y MORENO PIÑERO, F.: “Informe de urgencia sobre la nueva ley de reforma laboral”

<https://candidate.manpower.com/wps/wcm/connect/55504a8044680884a130ef462cdd5e41/Informe+nueva+Ley+Reforma+Laboral.pdf?MOD=AJPERES>, elaborado para Manpower, página 66.

comprobará acto seguido implica un cambio radical en relación a la etapa anterior y genera importantes distorsiones.

No existen variaciones en lo que refiere a las causas justificativas y el procedimiento a seguir, dado que la remisión a lo establecido para la suspensión era también la regla que regía con anterioridad a la Reforma Laboral de 2010. La novedad se concentra en la forma como se define la reducción de jornada que ya no se limita, como sucedía anteriormente, a la disminución temporal de la jornada diaria sino que también comprende las referidas a la jornada semanal, mensual o anual. El nuevo significado tiene tal potencialidad que en la actualidad resulta difícil distinguir la reducción de jornada de la suspensión y pueden plantearse situaciones que admitan una doble calificación⁴¹⁸. Piénsese, por ejemplo, en una disminución de jornada que implique una inactividad dos días completos por semana durante tres meses.

En resumidas cuentas, la amplitud de la nueva definición de la reducción de jornada produce un solapamiento conceptual entre las dos medidas contempladas en el artículo 47.1 del TRLET, convirtiendo lo que anteriormente era una especie en género y a la inversa. Tal solapamiento genera distorsiones más allá del plano estrictamente teórico, dado que el sometimiento de la reducción de jornada a un tope mínimo y un tope máximo hace que medidas que no son viables si se califican como tales porque superan los referidos límites sí resulten admisibles cuando se presentan como suspensiones. Sería el caso, por ejemplo, de una disminución de actividad de cuatro días por semana durante un período de tres meses.

El problema es de difícil solución porque el solapamiento conceptual que se deduce del artículo 47 del TRLET queda confirmado por la normativa de Seguridad Social. Los artículos 203.3.2º y 203.3 del TRLGSS, que se analizarán con detalle en un epígrafe posterior, señalan, de una parte, que el desempleo total, definido como “*el cese total en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo*”, puede derivar tanto de una suspensión como de una reducción de jornada; y de otra, que el desempleo parcial corresponde a una reducción temporal de la “*jornada diaria ordinaria de trabajo*”. En la misma línea se inscribe el artículo 3.1 de la Ley 27/2009 que cuando procede a delimitar la hipótesis donde se aplica la reposición de prestaciones se refiere a las empresas autorizadas a “*suspender los contratos de trabajo, de forma continuada o no, o a reducir el número de días y horas de trabajo (...)*”⁴¹⁹.

Probablemente la mejor opción para delimitar la suspensión de la reducción de jornada sea entender que la primera se limita a la forma ordinaria de suspensión, es decir, a las que implican inactividad por un período continuado de tiempo (días, semanas o meses), e identificar la segunda con las disminuciones intermitentes o discontinuas, que alternan inactividad con prestación de servicios (unas horas al día, uno o varios días a la semana, una o varias semanas al mes...) ⁴²⁰. No obstante, esta

⁴¹⁸ Este problema ha pasado un tanto desapercibido en los análisis del nuevo artículo 47 del TRLET. De entre toda la doctrina consultada el autor que más claramente lo pone de manifiesto es GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación...”, obra citada, páginas 223-224.

⁴¹⁹ Esta última referencia es particularmente sorprendente, dado que su origen es anterior al Real Decretoley 10/2010 y por tanto otorga a la reducción de jornada un significado más amplia al que en ese momento tenía atribuido esta medida en la práctica administrativa y la normativa de Seguridad Social.

⁴²⁰ Ésta es la solución que propone GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación...”, obra citada, páginas 223-224.

opción implica una reducción conceptual que resulta difícil de fundamentar, porque entra en abierta contradicción con las definiciones efectuadas por la normativa de Seguridad Social⁴²¹ y las utilizadas en la práctica administrativa. El RPRES 2011 cierra definitivamente esta reconducción interpretativa porque en su artículo 21.1 especifica que la suspensión se produce “*cuando el cese de la actividad que venía desarrollando el trabajador afecte a días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo*”.

Al margen de todo lo apuntado hasta ahora, interesa reflexionar brevemente sobre la trascendencia de topes mínimo y máximo que se imponen a las reducciones de jornada y valorar los cambios que implican en relación a la situación precedente. Son varios los análisis sobre el nuevo artículo 47 del TRLET que aprecian un incremento de la flexibilidad⁴²², una opinión que no comparto porque a mi entender el efecto es justamente el contrario.

Si nos centramos en primer lugar en las reducciones que implican una disminución temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo, la exigencia de que ésta sea de como mínimo un 10 por cien impide adoptar determinadas medidas que anteriormente eran técnicamente viables, aunque en la práctica fuesen excepcionales porque no disfrutaban de cobertura a través de la prestación por desempleo⁴²³. Donde sí se produce una mejora, es en relación al alcance tal cobertura, que antes sólo entraba en juego a partir del 33 por cien de reducción y ahora se activa cuando supera el 10 por cien; mejora que indirectamente puede facilitar el planteamiento y obtención por la parte empresarial de las reducciones que se sitúen entre ambos porcentajes, anteriormente muy complejas⁴²⁴.

También implica una restricción la imposición de un tope máximo del 70 por cien, que impediría, por ejemplo, plantear una reducción de seis horas diarias sobre una jornada que ordinariamente fuese de ocho horas o de nueve en una hipótesis donde se trabajase en turnos de doce horas diarias. Este límite, que anteriormente no existía en el ámbito de la protección por desempleo ni se prevé tampoco en la normativa alemana donde se han inspirado los cambios normativos que analizamos, resulta muy criticable,

⁴²¹ No coincido en este punto con GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación...”, obra citada, páginas 223-224. Para este autor “*debe diferenciarse entre la dimensión laboral y la de Seguridad Social ya que es imposible conciliar ambas previsiones*” y “*la evidente discrepancia con la LGSS de esta interpretación (...) se afrontará aceptando que, como sucede con frecuencia con otras instituciones jurídicas, una cosa es su tratamiento (e incluso su concepto) en el terreno jurídico-laboral y otra diferente en el ámbito de la Seguridad Social*”. A mi modo de ver resulta difícil operar esta diferenciación cuando los dos ámbitos normativos que se intentan desgajar son fruto de una misma ley reformadora y los ajustes introducidos en los artículos 2003.2, 203.3 y 208.1.3 del TRLGSS responden al evidente y declarado deseo de adaptar dichos preceptos a los cambios realizados en el artículo 47 del TRLET para que haya correspondencia entre ambos.

⁴²² Es el caso de ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones para...”, obra citada, página 143; y CHARRO BAENA, P.: “Suspensión del contrato...”, obra citada, página 371.

⁴²³ En el contexto normativo precedente podía solicitarse autorización para cualquier tipo de reducción de la jornada diaria ordinaria de trabajo, siempre que fuese de carácter temporal, pero la restricción de la protección por desempleo a las reducciones superiores al 33 por cien hacía que los representantes de los trabajadores se mostrasen muy reticentes a dar su consentimiento a las propuestas que no respetasen ese parámetro y dificultaba enormemente la obtención de la autorización administrativa necesaria para ponerlas en práctica.

⁴²⁴ Nos limitamos a apuntar esta cuestión porque en un epígrafe posterior se analizarán con detenimiento las novedades en materia de protección por desempleo.

tanto por la falta de razones que objetivamente lo justifiquen⁴²⁵, como por el recorte que implica en el margen de maniobra empresarial, circunstancia que resulta particularmente sorprendente en un contexto de reforma normativa dirigido justamente a potenciar los instrumentos de flexibilidad interna.

Cuando la reducción se proyecte sobre la jornada semanal, mensual o anual la trascendencia de los topes mínimos y máximos, así como el cambio que supongan en relación a la etapa normativa precedente depende directamente de cómo se resuelva el solapamiento entre la suspensión y la reducción de jornada. Si éste se admite renunciando a delimitar ambas figuras la trascendencia será escasa, porque las medidas que no puedan canalizarse a través de la reducción de jornada como consecuencia de esos límites podrán adoptarse siempre en forma de suspensión⁴²⁶. No obstante, cuando esta última medida se identifique exclusivamente con la variante clásica de la suspensión, esto es, con la inactividad que cubre un determinado período continuado de tiempo, la restricción que opera la nueva normativa es muy significativa y muchas medidas que podían adoptarse antes del Real Decreto-ley 10/2010 no serían ahora viables.

3. LA PROMOCIÓN DE ACCIONES FORMATIVAS

Una de las escasas novedades que en la materia que nos ocupa aporta la Ley 35/2010 en relación al Real Decreto-ley 10/2010 es la adición de un nuevo apartado, el número 4, al artículo 47 del TRLET, donde se establece que “*Durante las suspensiones de contratos o las reducciones de jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad*”. La regla se incorporó durante la tramitación en el Senado y es fruto de la Enmienda número 23 presentada por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas⁴²⁷, que reitera otra de idéntica que anteriormente se había presentado sin éxito en el Congreso de los

⁴²⁵ Algunas autores han apuntado posibles justificaciones, como la intención de “*concentrar las ventajas asociadas en contratos que no se dejan vivos de forma especulativa sólo para obtener tales ventajas (piénsese en un contrato reducido al 5 % del total de la jornada) y que verdaderamente reflejan la utilidad productiva y la intención (actual y futura) de la empresa en conservarlos en vigor*” (GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación...”, obra citada, página 223) o el hecho de “*entenderse que si se necesita una reducción superior resulta más razonable acudir a la medida de suspensión contractual*” (ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones...”, obra citada, página 143). En la misma línea apunta la argumentación de CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna...”, obra citada, página 6. A mi modo de ver ninguna de estos argumentos resulta convincente porque las reducciones superiores al 70 por cien de la jornada diaria pueden resultar en algunos casos la forma más oportuna de afrontar la dificultad coyuntural de la organización productiva y la imposición de ese tope máximo forzará a buscar una alternativa menos ajustada que en muchos puede implicar inactividad en días completos.

⁴²⁶ Sería el caso, por ejemplo, de una medida que implicase inactividad de cuatro días por semana durante tres meses, que superaría el 70 por cien de la jornada mensual.

⁴²⁷ Publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado)*, Serie II, número 72 (d), de 17 de agosto de 2010, página 55. El texto que se proponía para este nuevo artículo 47.4 del TRLET, que no coincide con finalmente aprobado, era el siguiente: “*Durante la duración de las reducciones de jornada previstas en este artículo, se procederá a garantizar a los trabajadores afectados por estas medidas actividades formativas específicas y vinculadas a su actividad profesional ordinaria que contribuyan al reingreso de estos trabajadores en la empresa en condiciones contractuales ordinarias*”. La propuesta se justificaba argumentando que “*La formación profesional constituye un recurso fundamental para la adaptación de los trabajadores a los requerimientos de un mercado de trabajo cada vez más sofisticado*”.

Diputados, concretamente la número 199 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)⁴²⁸.

Este nuevo apartado 4 del artículo 47 del TRLET ha sido fuertemente criticado por la doctrina, que en unos casos la ha tildado de “*genérica y poco comprometida*”, destacando que es un “*compromiso sin tiempo que asume como finalidad algo que debe ser propio de todas las actuaciones en el ámbito de la prestación por desempleo (...)*”⁴²⁹ y en otros la ha considerado “*una mera declaración programática (...)* *relativamente superflua*”⁴³⁰. El RPRE 2011 no ha aportado nada nuevo en este punto, dado que el párrafo 3º de su artículo 23 se limita a reproducir la previsión legal antes transcrita sin introducir ninguna concreción adicional.

A mi modo de ver, la promoción de acciones formativas durante las etapas de inactividad por regulación temporal de empleo es sin duda acertada y constituye una de los ejemplos más habituales de “*medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados*” que conforme al artículo 51.4 del TRLET deben ser objeto de negociación durante el período de consultas. Aunque de entrada pueda pensarse que en este contexto son menos necesarias o están menos justificadas que en los supuestos extintivos, lo cierto es que en muchas ocasiones pueden ser imprescindibles (sobre todo cuando las medidas de regulación temporal se fundamenten en causas técnicas, organizativas o productivas, hipótesis donde van acompañadas con frecuencia de cambios en los puestos de trabajo afectados que requieran un reciclaje profesional para asegurar una reincorporación no traumática y neutralizar la causa de despido prevista en el artículo 52.b) del TRLET) y cuando no sea así la mejora de la formación profesional también resulta conveniente, porque aumenta su capacidad de resistencia ante futuras situaciones de dificultad. En resumidas cuentas, las acciones formativas son del todo oportunas en el contexto en el que nos movemos y, consecuentemente, deben incentivarse, pero la forma como se lleva a cabo esa promoción no resulta nada satisfactoria, por dos motivos.

De una parte, porque la fórmula escogida es tan ambigua que no llega a imponer ninguna obligación concreta de articular acciones formativas sino otra mucho más imprecisa de “*promover el desarrollo*” de tales acciones sin ni tan siquiera identificar al sujeto o sujetos vinculados⁴³¹. Todo lleva a pensar que son los Servicios Públicos de Empleo competentes en materia de políticas activas de empleo, pero hubiese sido deseable que la norma lo hubiese indicado expresamente, encuadrando la actuación en la regulación específica sobre la materia, concretamente en el Subsistema de formación profesional para el empleo, regulado en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, y también que hubiese establecido un compromiso más directo, que asegurase a los

⁴²⁸ Publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso)*, Serie A, número 81-8, de 27 de junio de 2010.

⁴²⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación...”, obra citada, página 229.

⁴³⁰ ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones...”, obra citada, página 144.

⁴³¹ En sentido contrario se posiciona LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna...”, obra citada, páginas 11 y 12. En su opinión con la nuevo apartado 4 del artículo 47 del TRLET “*parece que las acciones formativas se configuran como una obligación del empresario*”, aunque también hecha en falta mayor precisión en “*otros aspectos de interés como, por ejemplo, si la acción formativa se debe ofrecer en todos los casos, o sólo dependiendo de la duración del período de reducción de jornada o si se debe impartir dentro o fuera de la jornada reducida, etc.*”.

sujetos afectados por regulaciones temporales de empleo el acceso a acciones formativas⁴³².

De otra parte, porque tampoco queda claro cuál debe ser el enfoque u objetivo de esas acciones formativas que se vinculan genéricamente al aumento de la “*polivalencia*” de los trabajadores afectados y a “*incrementar su empleabilidad*”, utilizando la misma fórmula que aparece en el artículo 1.2 bis de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre. A mi modo de ver y como ya he apuntado anteriormente, las acciones formativas desarrolladas en situaciones de regulación temporal de empleo deben dirigirse prioritariamente a satisfacer las exigencias de recalificación o reciclaje que deriven del conjunto de medidas adoptadas en esos contextos, y sólo cuando no se planteen tales exigencias podrá adoptarse el enfoque más general al que parecen aludir las amplias referencias utilizadas por la norma estatutaria⁴³³.

Aunque la promoción de acciones formativas que exige el artículo 47.4 del TRLET puede llevarse a cabo por diversas vías, si atendemos a la forma como se ha procedido en algunos ámbitos sectoriales específicos lo más probable es que se haga efectiva incentivando las acciones formativas que las empresas organizan dentro de la denominada “*formación de demanda*”, mediante el incremento de la cuantía de las bonificaciones a las que ordinariamente puede accederse⁴³⁴, más que a través de la

⁴³² La enmienda que dio lugar al nuevo apartado 4 del artículo 47 del TRLET, anteriormente referida en texto, era en este punto bastante más satisfactoria, dado que establecía la obligación de “*garantizar*” esas acciones formativas.

⁴³³ La desconexión entre el contenido de las acciones formativas y la situación de regulación temporal de empleo resulta un tanto sorprendente y lleva a pensar, como acertadamente a apuntado un sector doctrinal, que “*este compromiso incluido ahora en el artículo 47.4 ET venga a poner de manifiesto un pensamiento no expresado por el legislador y que es la convicción de que, en muchos casos, la suspensión del contrato o la reducción de la jornada no es sino la antesala de la pérdida de empleo que estas medidas sólo retrasan. De forma que es conveniente y adecuado preparar a los trabajadores, mediante acciones de polivalencia y empleabilidad, para la búsqueda de un nuevo empleo*” (GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación...”, obra citada, página 229).

⁴³⁴ De hecho, tanto el artículo 5.1.a) del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, como el artículo 6.b) la Orden TAS/2307/2007, de 27 de julio, por la que se desarrolla al anterior en materia de formación de demanda, incluyen expresamente entre los colectivos destinatarios de esta tipología de formación profesional los “*trabajadores acogidos a regulación de empleo en los períodos de suspensión de empleo por expediente autorizado*”.

Este ha sido el camino seguido en diversas normas reglamentarias que en los últimos años se han adoptado para facilitar la adaptación de algunos sectores particularmente afectados por los cambios estructurales del comercio mundial, que son concretamente cuatro: el sector textil y de la confección (Orden TAS/3243/2006, de 19 de octubre, y Real Decreto 5/1998, de 11 de enero); el sector de fabricación y componentes del calzado, curtidos y marroquinería (Real Decreto 100/2009, de 6 de febrero); el sector del juguete (Real Decreto 1678/2009, de 13 de noviembre); y el sector de la madera (Real Decreto 1679/2009, de 13 de noviembre). Todas estas normas amplían el denominado “*crédito para la formación*”, que es la cantidad que los empresarios que realizan acciones de formación pueden recuperar a través de bonificaciones en sus cotizaciones de Seguridad Social para financiar parcialmente esas acciones. La ampliación se hace efectiva incrementando los porcentajes que ordinariamente se aplican sobre la cuantía ingresada por la empresa durante el año anterior por el concepto de cuota de formación profesional para determinar el importe de dicho crédito; porcentajes que para el año 2001 se hallan previstos en la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011. Para una análisis más detenido de estas regulaciones sectoriales me remito a mi estudio “*La intervención pública en el marco de la normativas creadas “ad hoc” para determinados supuestos de reestructuración empresarial*”, elaborado en el marco del Proyecto I+D titulado “*La reconfiguración de la intervención pública en los procesos de descentralización productiva: situación actual y retos de futuro*” (SEJ2007-61746/JURI) y actualmente en fase de publicación en el libro colectivo que recoge los resultados de esta investigación.

organización de las mismas des de la propia administración -la denominada “*formación de oferta*”-, y/o otorgando subvenciones a los trabajadores y a las trabajadoras que participen en tales acciones⁴³⁵. En la misma dirección apunta la mejora de la bonificación empresarial prevista en el artículo 1.2 bis de la Ley 27/2009 para los supuestos donde se haya alcanzado acuerdo durante el período de consultas y éste incorpore medidas de reducción de perjuicios, entre las que se incluyen expresamente las formativas⁴³⁶.

4. LA PROHIBICIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS

Otra de las novedades que presenta la Ley 35/2010 en relación al Real Decreto-ley 10/2010 es la adición de un inciso final en el artículo 47.2 del TRLET donde se establece que “*durante el período de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias por fuerza mayor*”. Este cambio se introdujo durante la tramitación en el Congreso de los Diputados, y en concreto deriva de la Enmienda número 228 presentada por el Grupo Parlamentario Popular, que la justificó argumentando que la realización de horas extraordinarias cuando se está aplicando un reducción de jornada “*desvirtúa la necesidad de adoptar esta medida*”.

Antes de enjuiciar esta nueva regla es preciso delimitar su significado, dado que puede plantear algunos problemas interpretativos. Interesa destacar, de entrada, que la prohibición se limita a las reducciones de jornada y que, por tanto, no afecta a las suspensiones, dado que en caso contrario se hubiese incorporado en el apartado 1 del artículo 47 del TRLET, y no en el 4. Ello otorga todavía más trascendencia de la solución que se adopte en relación a la delimitación de ambas medidas, dado que si finalmente se considera que la reducción de jornada incluye todas las disminuciones discontinuas el alcance de la prohibición es mucho mayor.

Un segundo aspecto a comentar es la exclusión de las “*horas extraordinarias por fuerza mayor*”, un concepto que de entrada resulta un tanto difícil de precisar, dado que la norma estatutaria no lo utiliza, aunque tradicionalmente sí se viene empleando en el ámbito de la Seguridad Social, concretamente en materia de cotización, donde justifican la aplicación de un tipo especial inferior al general⁴³⁷. Por diversas razones que expuse con detalle hace algunos años en un estudio sobre esta última cuestión⁴³⁸,

⁴³⁵ Este mecanismo, tal como se configura en las regulaciones sectoriales a las que anteriormente se ha hecho referencia, incentiva la participación de los sujetos afectados por regulaciones temporales de empleo en las acciones formativas planteadas por el empresario, porque además de mejorar su calificación profesional les permite mejorar la cobertura económica que ordinariamente se obtendrá a través de la prestación por desempleo, dado que las subvenciones se declaran expresamente compatibles con ella.

⁴³⁶ Aunque posteriormente se analizará con detalle esta previsión, interesa destacar que lo que incentiva es la organización de acciones formativas por el sujeto empresarial que pretende adoptar medidas de suspensión o reducción de jornada por causas empresariales, siempre que hayan sido consensuadas con la representación laboral.

⁴³⁷ Así lo prevé el artículo 24.2 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social. Para el año 2011, al igual que en años anteriores, este tipo es del 14 por cien, mientras que para las restantes horas extraordinarias es del 28,3 por cien (artículo 5 de la Orden TIN/41/2011, de 18 de enero, por la que se desarrollan las normas sobre cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional contenidas en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre).

⁴³⁸ “La cotización adicional por horas extraordinarias”, en AA.VV. *Pensiones sociales: problemas y alternativas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, páginas 109 y siguientes.

considero que lo más lógico es entender que las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor se corresponden con las referidas en el artículo 35.3 del TRLET, esto es, con “*las trabajadas para prevenir y reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes*”.

Bastante más complejo resulta concretar el alcance subjetivo de la prohibición, o lo que es lo mismo, determinar si sólo incide sobre los sujetos afectados por la reducción de jornada o también sobre el resto de la plantilla del centro de trabajo y/o de la empresa, en la hipótesis que la medida no tenga alcance general. La solución que parece más convincente es la defendida por un sector doctrinal que propone limitar la prohibición “*a los trabajadores afectados por el expediente de reducción de jornada o, en su caso, a aquellas tareas que pudieran desempeñar los mismos*”⁴³⁹. No resulta lógico, ni parece que la norma quiera tolerar, la realización de horas extraordinarias para ejecutar trabajos en relación a los cuales se ha solicitado y obtenido una autorización cuya finalidad es justamente realizar menos horas de las inicialmente contratadas.

Tampoco queda claro si la prohibición abarca también a las horas complementarias en las hipótesis donde la reducción de jornada se proyecte sobre un contrato a tiempo parcial. El problema, que ha sido apuntado por diversos autores, es complejo, porque el criterio más lógico sería impedir también la realización esas horas⁴⁴⁰, pero el legislador no lo ha establecido expresamente y tratándose de una prohibición resulta muy complicado proceder a su extensión analógica. Así pues, a falta de un regla específica que establezca lo contrario, cabe concluir que la realización de horas complementarias no queda impedida durante los períodos de reducción de jornada, aunque puede discutirse y pactarse durante el período de consultas, al ser una medida que puede reducir el alcance de la reducción de jornada inicialmente planteada⁴⁴¹.

Llegados a este punto, procede valorar la oportunidad de la regla que nos ocupa. A mi modo de ver, la prohibición es absolutamente lógica, dado que el recurso a las horas extraordinarias cuando se está aplicando un mecanismo cuya finalidad es justamente el ajuste a la baja del volumen de trabajo inicialmente contratado es contradictorio e incluso podría calificarse de abusivo, sobre todo si se tiene en cuenta la flexibilidad que normalmente existe a la hora de aplicar la autorización administrativa, que otorga un “*crédito*” de inactividad que no debe ser necesariamente agotado⁴⁴². Y además de lógica es oportuna y nada gratuita, porque en la práctica el recurso a las horas extraordinarias puede implicar actuaciones fraudulentas de difícil control⁴⁴³ y su prohibición expresa tiene un innegable efecto preventivo. Resulta criticable, no

⁴³⁹ ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones...”, obra citada, página 144.

⁴⁴⁰ Así lo entiende GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna...”, obra citada, página 8.

⁴⁴¹ En la misma línea se posiciona LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna...”, obra citada, página 12.

⁴⁴² Una opinión parecida mantienen ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones...”, obra citada, página 144 y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna...”, obra citada, página 8.

⁴⁴³ El recurso a las horas extraordinarias no presenta en principio ventajas significativas, ni para la parte laboral ni para la empresarial, en comparación con la otra alternativa, esto es, con la no ejecución total o no agotamiento de la autorización de reducción de jornada concedida por la Autoridad laboral. No obstante, cuando la retribución correspondiente a las horas extraordinarias no figure en las hojas salariales ni sea objeto de cotización, el incentivo puede resultar significativo, aunque el precio de la hora extraordinaria sea superior al de la ordinaria, dado que al margen del ahorro que implica la no cotización pueden mantenerse las bonificaciones eventualmente obtenidas en base al artículo 1 de la Ley 27/2009 por la jornada ordinaria no ejecutada.

obstante, el olvido de las horas complementarias de los contratos a tiempo parcial, que también deberían haberse incluido en la prohibición por las mismas razones anteriormente expuestas.

5. LOS CAMBIOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

La Reforma laboral de 2010 no sólo ha incidido sobre el régimen laboral de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales sino también sobre los mecanismos de protección social vinculados a tales medidas. El Real Decreto-ley 10/2010 primero y posteriormente la Ley 35/2010 han alterado de forma significativa diferentes preceptos del TRLGSS, concretamente del Capítulo I del Título III, dedicado a la protección por desempleo, con el objetivo de ajustarlos a los cambios operados en el artículo 47 del TRLET, aunque también se ha aprovechado la ocasión para corregir alguna deficiencia de su régimen jurídico.

Los cambios que en concreto se han introducido y que se analizarán con detalle en los epígrafes que siguen son dos: primero, la redefinición del desempleo total y el desempleo parcial; y segundo, la introducción de una regla expresa sobre el consumo de prestaciones en desempleo parcial

5.1. LA REDEFINICIÓN DEL DESEMPLEO TOTAL Y DEL DESEMPLEO PARCIAL

Con anterioridad a la Reforma laboral de 2010 la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales, que en ese momento se contemplaba ya de forma expresa en la normativa de Seguridad Social, estaban perfectamente delimitadas en materia de protección por desempleo. Conforme a los artículos 203.2 y 208.1.2 del TRLGSS la suspensión de la relación laboral “*en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal (...)*” generaba una situación de como “*desempleo total*” caracterizada por el cese temporal en la actividad con pérdida salarial proporcional. Por el contrario, en virtud de los artículos 203.3 y 208.1.3 de la misma norma, la reducción temporal de la “*jornada ordinaria de trabajo*” de como mínimo un tercio obtenida a través de un expediente de regulación de empleo, determinaba una contingencia de desempleo parcial.

En la actualidad la situación de desempleo total puede derivar no sólo de una suspensión sino también de una reducción de jornada. Así lo declara el segundo párrafo que se ha incorporado en el artículo 203.2 del TRLGSS, señalando que “*se entenderá por desempleo total 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 por la autoridad competente*”. La adición de la reducción de jornada como causa determinante del desempleo total temporal es consecuencia directa de la amplia definición que de esta medida se efectúa en el artículo 47.2 del TRLET, superando la tradicional asimilación a la disminución de la jornada diaria, y desde esta perspectiva no resulta sorprendente, aunque consolida un solapamiento conceptual muy criticable. Por lo que refiere al desempleo parcial, ahora se define en el primer párrafo del artículo 208.3 del TRLGSS como la situación del “*trabajador que vea reducida su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo del 10 y un máximo del 70 por ciento, siempre que el salario*

sea objeto de análoga reducción”, precisando posteriormente el segundo párrafo que la medida debe haberse autorizado a través de expediente de regulación de empleo.

Una vez expuestas las nuevas definiciones de desempleo total y desempleo parcial conviene valorarlas con atención para determinar las ventajas y problemas que plantean.

En primer lugar, por lo que refiere a la definición del desempleo total, el nuevo párrafo que se incorpora en el artículo 203.2 del TRLGSS aporta una mejora técnica en comparación con la normativa precedente, al dejar claro que la expresión “*cese total*” equivale a inactividad que abarca “*días completos, continuados o alternos*”, una precisión no se hallaba expresamente formulada. Por contra, se genera un desajuste entre ese precepto y la relación de situaciones legales de desempleo contenida en el artículo 208.1 de la misma norma, dado que no se incluye referencia alguna a la reducción de jornada generadora de desempleo total; un desajuste que ya ha sido denunciado por la doctrina⁴⁴⁴ y que resulta criticable porque evidencia una falta de coherencia interna de la Reforma Laboral de 2010, dado que podría haberse evitado si la nueva redacción que se ha dado al artículo 208.1.3 del TRLGSS mantuviese la obligada correspondencia con los cambios introducidos en aquel otro precepto.

La valoración también debe ser positiva en lo que refiere al nivel de cobertura que la prestación por desempleo ofrece a los sujetos afectados por medidas de suspensión o reducción de jornada por causas empresariales, por dos motivos. De una parte, porque se protegen las reducciones de la jornada diaria que se sitúan entre el 10 y el 33 por cien, que anteriormente no quedaban cubiertas. De otra porque mediante la conexión del artículo 47.2 del TRLET con los artículos 203.2 y 203.3 del TRLGSS se da un paso adelante importante, garantizando que la práctica totalidad de aquellos sujetos se hallarán en situación legal de desempleo y podrán acceder, si cumplen el resto de requisitos exigidos, a las prestaciones previstas para tal contingencia. Esta garantía no existía con anterioridad, dado que algunas reducciones de jornada -las que no alcanzaban un tercio de la jornada ordinaria- eran técnicamente viables y podían autorizarse, pero quedaban sin protección.

La garantía no es absoluta porque en el párrafo 2º del artículo 203.3 se mantiene una referencia que ya existía en la etapa precedente y que excluye a las reducciones de jornada “*que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo*”. Esta regla, que es fruto de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, deja sin cobertura a un colectivo ya de por sí precarizado y cuantitativamente muy importante, dada la alta tasa de temporalidad que existe en nuestro sistema de relaciones laborales; una exclusión que resulta absolutamente injusta y que no tiene ningún tipo de fundamento. Imaginemos un trabajador contratado por acumulación de tareas que sufre una reducción de la mitad de su jornada diaria durante un período de seis meses cuando le restan sólo cinco para finalizar su relación laboral. ¿Por qué motivo no se le permite acceder a la protección por desempleo? ¿Acaso no se encuentra en una situación de necesidad equiparable a la de un trabajador indefinido afectado por la misma medida? ¿Tiene algún sentido que en esta hipótesis no se le proteja y sí en el caso de que la reducción de jornada tenga la

⁴⁴⁴ Es el caso, por ejemplo, de VELASCO PORTERO, M^a. T. y FRÖLICH, M.: “La reducción de jornada...”, obra citada, página 347.

misma entidad pero se presente de una forma distinta, afectando a días completos?⁴⁴⁵ A pesar de que el problema había sido denunciado en diversas ocasiones por la doctrina⁴⁴⁶ y de que la modificación del artículo 203.3 del TRLGSS era la oportunidad perfecta para resolverlo, la regla se ha mantenido inalterada, y por ello la crítica debe ser particularmente severa.

Es probable que lo que ha rehusado hacer la Reforma Laboral de 2010 lo acabe haciendo el Tribunal Constitucional si tiene oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de esta restricción con el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 14 de la CE, porque es obvio que los sujetos que han suscrito un contrato temporal reciben un trato diferente y perjudicial carente de justificación objetiva⁴⁴⁷. Tal posibilidad no resulta, además, descabellada teniendo en cuenta la suma de dos circunstancias que en la práctica pueden haber multiplicado durante los últimos meses el número de aplicaciones de la regla que nos ocupa: de una parte, la tasa de temporalidad; y de otra, el importantísimo crecimiento que viene experimentado la reducciones de jornada, particularmente desde mediados del pasado año.

5.2. LA NUEVA REGLA SOBRE CONSUMO DE PRESTACIONES EN DESEMPLEO PARCIAL

Una de las novedades más significativas que en la materia que nos ocupa presenta la Ley 35/2010 en relación al Real Decreto-ley 10/2010 es la adición de un nuevo apartado 5 al artículo 210 del TRLGSS donde se establece que en caso de desempleo parcial “*la consumición de prestaciones generadas se producirá por horas y no por días*”, añadiendo acto seguido que “*a tal fin el porcentaje consumido será equivalente al de reducción de jornada autorizada*”.

Esta regla fue introducida durante la tramitación en el Senado y es fruto de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, donde se reclamaba un criterio más justo en relación al consumo de prestaciones por desempleo parcial, que fuese equiparable al aplicado a los supuestos de desempleo total⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Adviértase que la exclusión sólo se establece en relación al desempleo parcial y, por tanto, no afecta a los casos donde la inactividad abarque días completas, continuados o alternos, esto es, a los casos de desempleo total.

⁴⁴⁶ Véanse, entre otros: GARCÍA MURCIA, J.: “La protección por desempleo: un repaso de jurisprudencia reciente a la luz de los últimos cambios legales”, *Actualidad Laboral*, número 48, 1998, página 909; POQUET CATALÀ, R.: *Protección por desempleo. El sistema después de las últimas reformas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, página 37; y mis estudios *La suspensión...*, obra citada, páginas 525-526 y “La situación legal de desempleo por reducción de jornada”, en AA.VV. *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, página 1.434.

⁴⁴⁷ La hipótesis es muy distinta a la analizada en la STC 213/2005, de 21 de julio, y por tanto, el hecho de que se declarase constitucional la exclusión de las reducciones de jornada definitivas tramitadas conforme al artículo 41 del TRLGSS no otorga cobertura al recorte de protección que ahora nos ocupa.

⁴⁴⁸ Se trata concretamente de la Enmienda número 143 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Serie II, número 72, de 17 de agosto de 2010, página 113). En ella se proponía la adición al final del segundo párrafo del artículo 203.3 del TRLGSS de una regla donde se estableciese que “*En caso de la reducción temporal de jornada parcial, los días de prestación consumidos se calcularán en base a la suma de las diferentes reducciones parciales hasta que éstas alcancen una jornada íntegra*”. Tal propuesta se justificaba argumentando que “*Con el actual redactado sobre la regulación del paro total y parcial se produce una discriminación hacia los trabajadores afectados por reducciones de jornada según éstas se apliquen. Si la reducción a tiempo parcial comporta dejar de trabajar días enteros, se*

Como ya han apuntado algunos autores⁴⁴⁹, el cambio que opera la regla anteriormente transcrita es de gran relevancia porque anteriormente el criterio que seguía la Entidad Gestora en relación al consumo de prestaciones en supuestos de desempleo parcial era entender que se consumía un día de prestación por desempleo por cada jornada en la cual se cobraba dicha prestación, con independencia de cual fuese su porcentaje. Así por ejemplo, en un caso donde se aplicase una reducción del 50 por 100 de la jornada diaria durante 30 días se consideraban consumidos este mismo número de días de prestación por desempleo, aunque en realidad se hubiese percibido solamente el importe correspondiente a la mitad de ellos porque se había cobrado tan solo el 50 por 100 de la prestación. Tal criterio generaba una evidente diferencia de trato en relación al desempleo total donde los días de desempleo que se consideran consumidas corresponden con los efectivamente disfrutados y, por tanto, una penalización indirecta de la reducción de jornada, que en la práctica constituía un importante desincentivo a su utilización⁴⁵⁰.

La nueva regla de cómputo que se incorpora en el artículo 210.5 del TRLGSS debe valorarse de forma muy positiva, por dos motivos: en primer lugar, porque resulta más lógica y equitativa, al garantizar que el desempleo consumido corresponde exactamente a la prestación realmente percibida; en segundo lugar, porque elimina un obstáculo que dificultaba el recurso a la reducción de jornada, facilitando la aceptación de esta medida por parte de los representantes de los trabajadores.

Así pues, desde el 19 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre⁴⁵¹, las prestaciones por desempleo parcial sólo se entenderán consumidas en el porcentaje de reducción de jornada autorizada, que se corresponde con el de prestación efectivamente percibida.

6. LA INTENSIFICACIÓN DE LOS INCENTIVOS PREVISTOS EN LA LEY 27/2009

Otro de los ámbitos donde ha incidido la Reforma Laboral de 2010 son las medidas articuladas hace un par de años para facilitar e incentivar el recurso a las

consideran consumidos días enteros de prestación de desempleo. Si la reducción de jornada comporta dejar de trabajar unas horas cada día, también se considerará consumidos días enteros”.

Esta misma propuesta ya se había formulado sin éxito en el Congreso como Enmienda número 119, presentada en este caso por el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso, Serie A, número 81-8, de 27 de julio de 2010, página 75).

⁴⁴⁹ Véase, por todos, ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones para incrementar...”, obra citada, página 146.

⁴⁵⁰ Así lo puso de manifiesto el Sr. Jaume García Vicente, abogado del Col·lectiu Ronda y Profesor Asociado de la Universidad Autónoma de Barcelona, en la sesión de 17 de diciembre de 2010 del Aula Iuslaboralista de la Universidad Autónoma de Barcelona, destacando que en la práctica y hasta la entrada en vigor de la Ley 35/2010 la estrategia seguida por la representación de los trabajadores en los expedientes de regulación temporal de empleo siempre había sido rechazar las reducciones de jornada e intentar negociar con la parte empresarial su transformación en suspensiones, por los perjuicios que generaba el criterio expuesto en texto.

⁴⁵¹ Tal como se ha destacado “no existen reglas transitorias específicas para esta previsión y en consecuencia debe aplicarse desde la entrada en vigor de la misma” (ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones para incrementar...”, obra citada, página 146).

regulaciones temporales de empleo, que son dos: la bonificación en la cotización empresarial durante esas situaciones y el derecho a la reposición de las prestaciones consumidas por efecto de las mismas. Ambas medidas fueron reguladas en un primer momento por el Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (en adelante Real Decreto-ley 2/2009), y posteriormente por la Ley 27/2009 de idéntico título (en adelante Ley 27/2009), concretamente en sus artículos 1 y 3.

La pretensión de los cambios normativos en este ámbito se manifiesta con toda claridad en el apartado II del Preámbulo de la Ley 35/2010 donde se afirma que interesa “*fomentar la adopción el empresario de medidas de reducción del tiempo de trabajo (sea a través de la suspensión del contrato de trabajo, sea mediante la reducción de jornada en sentido estricto)*” y para ello, al margen de otras medidas, “*se amplían los incentivos para trabajadores y empresarios vinculados a la utilización de esta medida*”⁴⁵². Aunque mi objetivo no es el análisis de estos incentivos sí considero necesario exponer sus principales rasgos como paso previo para poder valorar adecuadamente el alcance de esa ampliación, y éste es el esquema que se adoptará en los epígrafes que siguen, primero en relación a la bonificación de la cotización empresarial y posteriormente respecto a la reposición de la prestación por desempleo.

6.1. LOS CAMBIOS RELATIVOS A LA BONIFICACIÓN DE LA COTIZACIÓN EMPRESARIAL

Por lo que refiere, en primer lugar, a la bonificación de la cotización empresarial prevista en el artículo 1 de la Ley 27/2009 interesar recordar: primero, que su importe equivale al 50 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes devengadas por los trabajadores y las trabajadoras que se hallan en situación de suspensión o reducción de jornada por causas empresariales hasta un máximo de 240 días; segundo, que el requisito básico para obtenerla es que el empresario se comprometa a mantener en el empleo a los sujetos afectados durante al menos un año a contar des de la finalización de la regulación temporal de empleo⁴⁵³;

⁴⁵² Sorprendentemente el precepto a través del cual se hace efectiva esta ampliación, el artículo 9 de esa misma norma legal, parece centrarse únicamente en una de esas dos medidas, dado que su título es “*medidas de apoyo a la reducción de jornada*”. Se trata sin duda de un error, que evidencia que el legislador ha apostado abiertamente por la reducción de jornada y que está obsesionado por otorgarle la máxima relevancia posible, aunque ello implique marginar a la suspensión.

⁴⁵³ Este requisito además de básico es también el más complejo y polémico. La misma norma ofrece varios parámetros para delimitar su significado, pero con ello no se resuelven todos los problemas que plantea el compromiso de mantenimiento en el empleo. Se indica, por ejemplo, que no deben tenerse en cuenta a efectos de verificar el cumplimiento de ese objetivo las extinciones “*por despido disciplinario declarado como procedente, por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador*” y que, por el contrario, sí implicarán incumplimiento las extinciones que se canalicen “*por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo (...)*”. No queda claro el tratamiento que debe darse a otras muchas situaciones, como por ejemplo la extinción indemnizada por voluntad del trabajador en las hipótesis previstas en el artículo 40.2 y 41.3 del TRLET (a favor de su asimilación a la dimisión se ha posicionado la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en respuesta a una Consulta sobre Medidas Urgentes para Fomento del Empleo de 20 de mayo de 2009, citada por FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Protección por desempleo y reestructuración de plantillas (un estudio técnico acerca de las medidas establecidas por el real decreto ley 2/2009, de 6 de marzo”, en AA.VV. *Crisis de empresa y derecho del trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, página 419) o los despidos objetivos por ineptitud sobrevenida del trabajador o por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto (no existe incumplimiento en opinión de VALLECILLO GÁMEZ, M. R.: “Como frenar la sangría de empleos en España: nuevas medidas

tercero, que el empresario deberá cumplir también los requisitos generales en materia de bonificaciones, previstos en el artículo 5 de la ley 43/1996, de 29 de diciembre⁴⁵⁴; cuarto, que el beneficio queda temporalmente acotado a las medidas de regulación temporal de empleo solicitadas de 1 de octubre de 2008 a 31 de diciembre de 2010; y quinto, que esta bonificación puede aplicarse automáticamente por parte del empleador, sin perjuicio de su control y revisión por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de la Tesorería General de la Seguridad Social y del Servicio Público de Empleo Estatal, y que es compatible con otras ayudas públicas siempre que no se supere el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

Pues bien, la Reforma Laboral de 2010 ha incidido sobre tres piezas esenciales de este incentivo: el porcentaje de bonificación, la duración del compromiso de mantenimiento del empleo y el marco temporal que acota las hipótesis objeto de bonificación. Veamos cuáles han sido los cambios.

En relación al porcentaje de bonificación la novedad deriva de la introducción de un nuevo apartado en el artículo 1 de la Ley 27/2009, el 2 bis, que permite incrementarlo hasta el 80 por 100 cuando la suspensión o reducción de jornada haya sido consensuada con la representación laboral y el acuerdo incluya “*medidas para reducir los efectos de la regulación temporal de empleo entre los trabajadores afectados*”, citando a modo de ejemplo “*las acciones formativas (...) cuyo objetivo sea aumentar la polivalencia del trabajador o incrementar su empleabilidad*”, las “*medidas de flexibilidad interna en la empresa que favorezcan la conciliación de la vida familiar y profesional*” y “*cualquier otra medida alternativa o complementaria que se dirija a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa*”. La previsión figuraba ya en el Real Decreto-ley 10/2010 y la Ley 35/2010 la ha mantenido íntegramente limitándose a

sociolaborales para el mantenimiento de la ocupación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 314, página 74).

Otro aspecto conflictivo son las consecuencias de un eventual incumplimiento, que conforme al artículo 1.2 de la Ley 27/2009 pueden ser tres: 1) el reintegro de las bonificaciones percibidas (con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según establece el artículo 9 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, al que se remite el artículo 1.3 de aquella otra norma legal); 2) la exclusión durante un período de doce meses de las bonificaciones previstas en los programas generales de fomento del empleo; y 3) la imposición de la sanción correspondiente a la infracción prevista en el artículo 22.10 del TRLISOS. Aunque pueden plantearse algunas dudas, lo más lógico es entender que este último efecto no se produce siempre y de forma automática, sino que requiere una previa valoración de la conducta del empleador (FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Protección por desempleo...”, obra citada, página 418). Tampoco parece que deba afectar a todos las bonificaciones que se estén aplicando cuando el incumplimiento se limite a uno de los sujetos que se hallan en situación de suspensión o reducción de jornada (Criterio de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en respuesta a una Consulta sobre Medidas Urgentes para Fomento del Empleo de 20 de mayo de 2009, citada por FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Protección por desempleo...”, obra citada, página 419 nota a pie número 22).

Finalmente, interesa destacar que diversos autores han manifestado el temor a un efecto perverso que puede llegar a generar el compromiso de mantenimiento en el empleo que se impone como condición para acceder y mantener la superior bonificación: la concentración de las eventuales medidas extintivas que el empresario deba adoptar en el futuro sobre los trabajadores no afectados por la suspensión, para evitar las negativas consecuencias ligadas al incumplimiento de aquél. Véanse, al respecto, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Protección por desempleo...”, obra citada, página 419 y GALA DURÁN, C.: “La protección social...”, obra citada, página 11.

⁴⁵⁴ Son concretamente dos: primero, hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social tanto en el momento inicial como durante todo el período de aplicación de las bonificaciones; segundo, no haber sido excluido del acceso a beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas.

incorporar el segundo de los ejemplos transcritos. Por ese motivo tan solo resulta aplicable a las empresas que tengan autorizadas medidas que se apliquen, en todo o en parte, a partir del 18 de junio de 2010⁴⁵⁵, según se extrae de la Disposición Transitoria quinta de esta última norma legal.

Aunque comparto la lógica de esta medida, que sin duda está inspirada en el derecho alemán⁴⁵⁶ y se ajusta al compromiso establecido a través del artículo 47.4 del TRLET⁴⁵⁷, creo que resulta bastante discutible la forma como se articula, en dos concretos aspectos nada irrelevantes: la delimitación de las medidas que justifican la superior bonificación y el control de su establecimiento y efectiva ejecución. Aunque en principio parece exigirse que se haya pactado sobre uno de los contenidos obligatorios del período de consultas, las denominadas “*medidas de atenuación*”, los ejemplos que se ofrecen al respecto resultan un tanto distorsionantes. Al margen de las acciones formativas, que como ya se ha argumentado en un anterior epígrafe sí pueden responder a esa lógica protectora, los otros dos ejemplos apuntan en principio a objetivos distintos: mantener el nivel de empleo en la empresa y facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar. Evidentemente, estos dos últimos objetivos son tan respetables y dignos de protección como aquél, pero resultan poco coherentes con el enfoque general que previamente se ha otorgado a las medidas y su promoción en este contexto es un tanto forzada⁴⁵⁸. Todo ello genera una notable inseguridad jurídica y puede hacer que en muchos casos resulte difícil valorar si las medidas articuladas pertenecen o no al grupo identificado por la normativa⁴⁵⁹.

El segundo aspecto criticable es el control sobre el establecimiento y la efectiva puesta en práctica de la medida o medidas que justifican la superior bonificación. Nótese que sólo se exige su inclusión en el acuerdo resultante del período de consultas y no su ejecución efectiva⁴⁶⁰. Ni tan siquiera se prevé algún tipo de trámite previo a aplicación efectiva de la bonificación para verificar que el

⁴⁵⁵ Con independencia del momento en que han sido autorizadas, lo cual permite incluir todas las suspensiones y reducciones de jornada obtenidas con anterioridad que en esa fecha aún no se hubiesen agotado.

⁴⁵⁶ El régimen jurídico del “*kurzarbeit*” prevé la exoneración del 50 por 100 de las cotizaciones empresariales durante la aplicación de dicha medida, porcentaje que puede incrementarse hasta el 100 por 100 cuando el empresario ofrece a los trabajadores la participación en medidas de formación profesional (FRÖLICH, M.: “La reducción de la jornada (*kurzarbeit*) y otras medidas del Derecho del Trabajo frente a la crisis en Alemania”, *Temas Laborales*, número 5, 2010, páginas 49 a 61.

⁴⁵⁷ Es obvio que la previsión de una bonificación superior a la ordinaria cuando se acuerda la realización de acciones formativas o la puesta en práctica de otras medidas de reduzcan los perjuicios para los sujetos afectados, es una forma de promover ese tipo de acciones, que es justamente lo que exige el artículo 47.4 del TRLET.

⁴⁵⁸ La misma opinión mantiene, en relación a las medidas para facilitar la conciliación, GALA DURÁN, C.: “La suspensión de contratos...”, obra citada, página 13. Dicha autora considera “*curioso*” que se utilicen las bonificaciones de cuotas con ese objetivo de unos trabajadores que están en situación de suspensión o reducción de jornada y que “*si se está pensando en medidas que favorezcan la conciliación una vez reiniciada la actividad laboral, sigue resultando sorprendente incentivarlo a través de bonificaciones de cuotas*”.

⁴⁵⁹ En el mismo sentido se han pronunciado ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones...”, obra citada, páginas 148 y 149; y GALA DURÁN, C.: “La suspensión de contratos...”, obra citada, páginas 12 y 13.

⁴⁶⁰ Incluso lo primero resulta discutible, dado que el nuevo apartado 2 bis del artículo 1 bis de la Ley 27/2009 requiere genéricamente que “*la empresa (...) incluya medidas (...)*”, circunstancia que podría llegar a poner en duda la necesidad de que tales medidas figuren en el acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores. Considero, no obstante, que desde el momento que la norma también exige este acuerdo, lo más lógico es exigir que las medidas también sean consensuadas.

contenido del acuerdo es suficiente y encaja en la exigencia normativa. A falta de una regla específica, cuya inclusión se planteó durante el debate parlamentario pero fue descartada⁴⁶¹, rige el artículo 1.7 de la Ley 27/2009 y por tanto el empresario puede proceder directamente a bonificarse el 80 por 100 de la cuota por contingencias comunes cuando considere que se cumplen las condiciones previstas, y sólo deberá acreditarlas ante eventuales actuaciones de control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de la Tesorería General de la Seguridad Social y del Servicio Público de Empleo Estatal. El esquema no resulta demasiado convincente, porque deja una puerta abierta a un fraude de difícil control que se podría evitar en buena parte estableciendo algún mecanismo de verificación previa, aunque fuese mínimo⁴⁶².

La Reforma Laboral de 2010 también ha incidido, en segundo lugar, sobre la duración del compromiso de mantenimiento en el empleo, que se rebaja hasta los seis meses, la mitad del previsto inicialmente, siempre que nos hallemos en la hipótesis que otorga derecho a la bonificación del 80 por 100 y el acuerdo sea posterior al 19 de septiembre de 2010. Este cambio no figura en el Real Decreto-ley 10/2010 y es fruto de su posterior tramitación parlamentaria como proyecto de ley. Probablemente por ello la regla a través de la cual se hace efectiva esa rebaja queda ubicada en un contexto un tanto singular: el segundo párrafo del apartado 2 bis del artículo 1 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre. Su alcance hubiese sido mucho mayor si se hubiese situado en el apartado 2 del mismo artículo, porque de ser así resultaría aplicable a cualquier regulación temporal de empleo acordada; una aplicación que parecen defender implícitamente algunos autores pero que a mi entender resulta excesivamente forzada desde un punto de vista técnico⁴⁶³.

La reducción de la duración del compromiso de mantenimiento en el empleo ha sido positivamente valorada por la doctrina, que había denunciado en diversas ocasiones el exceso de la anterior previsión en un contexto de extrema dificultad e

⁴⁶¹ Concretamente en el Congreso de los Diputados a través de la Enmienda número 120 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (*Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso)*, Serie A, número 81-8, de 27 de julio de 2010, páginas 75-76), posteriormente reiterada en el Senado como Enmienda 144 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (*Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado)*, Serie II, número 72 (d), de 17 de agosto de 2010, página 113). Dichas enmiendas planteaban la inclusión de un segundo párrafo en el nuevo artículo 1.2 bis donde se estableciese que “*Para poder beneficiarse de la bonificación prevista en este apartado, la actividad formativa debe tener la autorización previa de los Servicios Públicos de Empleo que garantizarán el valor formativo de las acciones impulsadas por la empresa*”.

⁴⁶² En relación a las acciones formativas este mecanismo puede ser, tal como se propone en la enmienda referida en la anterior nota a pie, el previo aval del Servicio Público de Empleo, pero quizá la mejor opción sería un pronunciamiento expreso respecto a la concurrencia o no de las circunstancias que justifican la superior bonificación en la resolución administrativa que homologa el acuerdo. Esta última opción ofrece una doble ventaja: sirve para valorar cualquier medida de atenuación, no sólo para las acciones formativas, y el control se deja en manos de un sujeto que conoce de primera mano las particularidades del acuerdo y el contexto en el que se ha obtenido, como es la Autoridad laboral.

⁴⁶³ El párrafo 2º del artículo 1.2 bis de la Ley 27/2009 está claramente dirigido a completar las reglas contenidas en el primero. De hecho, en la redacción derivada del Real Decreto-ley 10/2010 la primer parte del mismo figuraba la final del primer y único párrafo que en ese momento tenía el precepto. A pesar de ello varios análisis sobre la Reforma Laboral de 2010 destacan como una de sus aportaciones la reducción a la mitad del compromiso de mantenimiento en el empleo en todos los supuestos de acuerdo. Véase, por ejemplo, DEL REY GUANTER, S. y MORENO PIÑERO, F.: “Informe de urgencia...”, obra citada, página 66 y GARCÍA GONZÁLEZ, R.-L.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral”, *Diario La Ley*, número 7488, de 14 de octubre de 2010, página 17.

incertidumbre como el que deben afrontar en la actualidad las empresas españolas⁴⁶⁴. Coincido con esa valoración aunque considero que la reducción tendría que haberse establecido con carácter general para todas las medidas de suspensión o reducción de jornada acordadas, desligándola de la hipótesis que justifica el incremento de la bonificación hasta el 80 por 100.

En tercer y último lugar la Reforma Laboral de 2010 incide sobre el marco temporal que acota las hipótesis objeto de bonificación. La nueva redacción que se otorga al apartado 5 del artículo 1 de la Ley 27/2009 permite que puedan beneficiarse de la bonificación de cuotas las medidas solicitadas entre 1 de enero de 2011 y 31 de diciembre del mismo año, lo cual supone que en la práctica la aplicación de este incentivo se extenderá bastante más allá del 1 de enero de 2012. También se retoca el segundo de los parámetros temporales previsto en dicho apartado, que se proyecta exclusivamente sobre *“lo establecido en el último párrafo del apartado 2 de este artículo”*, donde se prevé la exclusión temporal del acceso a las bonificaciones de fomento del empleo cuando se incumpla el compromiso de mantenimiento en el empleo. Con anterioridad la norma se refería a *“las solicitudes de regulación de empleo presentadas desde la entrada en vigor de esta Ley hasta el 31 de diciembre de 2010”*, mientras que ahora se acotan a las demandadas entre 1 de enero de 2010 y 31 de diciembre de 2011. Aunque la regla resulta un tanto confusa, lo que a mi entender se opera en este punto es un ajuste del marco temporal de aplicación de esa exclusión, para adecuarlo a la ampliación temporal anteriormente referida⁴⁶⁵.

6.2. LA AMPLIACIÓN DE LA REPOSICIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

El segundo incentivo que prevé la Ley 27/2009 para fomentar la utilización de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales es la reposición del derecho a la prestación por desempleo, regulada en su artículo 3. No se trata de un mecanismo absolutamente novedoso porque existen otros antecedentes similares en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁶⁶, pero sin duda es importante y en la práctica ha

⁴⁶⁴ Véase, al respecto, GALA DURÁN, C.: “La suspensión de contratos...”, obra citada, página 11; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación de los modelos...”, obra citada, página 239; DEL REY GUANTER, S. y MORENO PIÑERO, F.: “Informe de urgencia...”, obra citada, página 66; y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Protección por desempleo...”, obra citada, página 416. Este último se muestra particularmente crítico con la exigencia originaria al entender que *“no siempre le interesará al empresario acogerse a la bonificación, ya que le coloca en la difícil tesitura de tener que decidir si puede asumir el mantenimiento en el empleo durante un año desde que finaliza el expediente de regulación de empleo (...)”*, lo cual *“augura un resultado poco satisfactorio a esta medida establecida como estímulo al mantenimiento del empleo”*.

⁴⁶⁵ No hay modificación en el *“dies a quo”*, dado que el 1 de enero de 2010 es justamente la fecha de entrada en vigor de la Ley 27/2009 y por tanto lo único que se altera es el *“dies ad quem”*, que se retrasa un año, hasta el 31 de diciembre de 2011. Distinta es la lectura que efectúa GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación de los modelos...”, obra citada, página 239. En su opinión la remisión es probablemente errónea y lo más razonable es entender que se refiere al segundo párrafo del apartado 2 bis.

⁴⁶⁶ Concretamente el artículo 8.3 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, donde se establecía que en los supuestos de afectación por una medida suspensiva o de reducción de jornada y posterior extinción contractual derivada de una autorización administrativa *“los trabajadores afectados por dichas autorizaciones tendrán derecho a la prestación por desempleo sin que se compute a efectos de la duración máxima del mismo el tiempo durante el que percibieron el desempleo parcial o total en virtud de aquéllas, siempre que no medie un plazo superior a un año desde que finalizó la suspensión o*

contribuido notablemente a facilitar la adopción de aquellas medidas por parte de los empleadores, dado que reduce notablemente (y en algunos casos incluso puede llegar a neutralizar) los negativos efectos que para los trabajadores y las trabajadoras tiene la utilización de la cobertura contributiva por desempleo en contextos de regulación temporal de empleo cuando posteriormente se adoptan nuevas medidas de este mismo tipo o extintivas. La reposición implica la consideración como no consumida de una prestación efectivamente disfrutada, siempre que se cumplan determinados requisitos y con algunos límites⁴⁶⁷.

Las hipótesis en las que se prevé la reposición son dos. La primera se concreta en la afectación por una suspensión o de reducción de jornada autorizada en virtud de expediente de regulación de empleo o procedimiento concursal y posterior extinción de la relación laboral por alguna de esas dos vías o al amparo del artículo 52.c del TRLET⁴⁶⁸. La segunda es la afectación por una suspensión o de reducción de jornada autorizada en virtud de expediente de regulación de empleo o procedimiento concursal cuando posteriormente se reitere otra medida de estas características⁴⁶⁹. Tanto en una como en la otra la reposición se condiciona a la ubicación de las diversas medidas en determinados marcos temporales⁴⁷⁰ y a su adopción por parte de una misma empresa⁴⁷¹, exigiéndose también en la segunda

reducción y la efectividad de la extinción autorizada". Dicho precepto fue derogado por la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, con el objetivo de evitar el uso de la regulación temporal de empleo para reaccionar frente a situaciones estructurales o definitivas, limitándola a las dificultades coyunturales. Así se deduce de la Memoria que presentó el Gobierno para justificar el Anteproyecto de esta ley, donde se afirma que *"la suspensión, lejos de responder a una medida definitiva de extinción, debe constituir un instrumento para responder a situaciones coyunturales que permitan la vuelta a la normalidad"*.

Tampoco debe olvidarse el artículo 210.2 del TRLGSS, que al permitir computar dos veces las cotizaciones utilizadas para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo disfrutadas durante la situación de suspensión contractual por ser víctima de violencia de género, acaba produciendo un efecto similar por una vía distinta.

⁴⁶⁷ Las *Instrucciones Provisionales para la aplicación de la Ley 27/2009* de la Subdirección General de Prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, de 9 de marzo de 2009 (Ficha del Manual de Criterios 24/286) definen la reposición como *"la obtención de nuevo de la prestación por desempleo de nivel contributivo ya consumida durante un período previo de suspensión temporal o de reducción de jornada, por la misma cuantía percibida en aquel período y la misma base de cotización correspondiente a dicho período, por una duración máxima limitada, siempre que se reúnan los requisitos exigidos para ello según los distintos supuestos"*.

⁴⁶⁸ No cuando la extinción se produzca por otras vías (despido improcedente, fin de contrato temporal, etc.), según especifica la Primera de las *Instrucciones Provisionales para la aplicación de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre...*, cit., página 4.

⁴⁶⁹ Ambas hipótesis no son acumulables, es decir, cuando un trabajador o una trabajadora resulta beneficiario de esta última no puede reclamar posteriormente la primera en caso de que verse afectado por una medida extintiva, aunque se cumplan el resto de condiciones establecidas. Así lo señala expresamente el artículo 3.5 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre.

⁴⁷⁰ En su configuración originaria, fruto del Real Decreto-ley 2/2009 tales marcos temporales se concretaban en exigir, en relación a la primera hipótesis, que la resolución de autorización de la medida de suspensión o reducción de jornada se hubiese dictado entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, y que la el posterior despido o resolución que autorizase la extinción se situase entre el 8 de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2011; y en relación a la segunda, que la primera medida hubiese sido autorizada entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, y la segunda entre el 8 de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2009. La aprobación de la Ley 27/2009 supuso una ampliación de estos marcos temporales que hace efectiva retrasando un año todos los *"dies ad quem"*, que para la primera hipótesis pasan a ser el 31 de diciembre de 2010 y el 31 de diciembre de 2012, respectivamente; y para la segunda el 31 de diciembre de 2010 en ambos casos.

⁴⁷¹ Así lo precisa la Primera de las *Instrucciones Provisionales para la aplicación de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre...*, cit., página 5.

que se haya agotado la prestación por desempleo. En el primer caso el límite máximo de reposición inicialmente establecido era de 120 días y en el segundo de 90 días.

La primera hipótesis es sin duda la más compleja porque pueden plantearse diversas situaciones. La primera es que entre ambas medidas no se intercala ningún período de prestación de servicios o se trabaje pero por un período inferior a doce meses, de forma que no se genere ningún nuevo derecho a prestación por desempleo. En tal caso procederá la reanudación de la prestación no agotada con el incremento correspondiente a la reposición o, si se hubiese agotado, tan solo el disfrute de la prestación derivada de la reposición⁴⁷². La segunda situación que puede plantearse es la generación de una nueva prestación por desempleo, supuesto en el cual el sujeto beneficiario deberá escoger una de las dos opciones previstas en el artículo 210.3 del TRLGSS: reabrir el derecho inicial o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones. Sólo en el primer caso se tiene derecho a la reposición, o al menos ello es lo que se deduce del artículo 3.2.b) de la Ley 27/2009 aunque la cuestión resulta un tanto polémica⁴⁷³. Lo que queda claro es que las características del derecho repuesto serán idénticas a las del previamente consumido, dado que el artículo 3.4.2º de la misma norma establece la identidad de cuantías y bases de cotización.

Por lo que refiere a la dinámica de la reposición, interesa destacar que con carácter general se reconoce de oficio por la entidad gestora excepto que se haya agotado el derecho a la prestación por desempleo sin generar otro nuevo, supuesto en la que el sujeto interesado deberá solicitarla expresamente durante los quince días posteriores a la situación legal de desempleo, de conformidad con el artículo 209 del TRLGSS⁴⁷⁴.

La reforma Laboral de 2010 ha mejorado el mecanismo en relación a la primera hipótesis -no en relación a la segunda, que se mantiene sin variaciones-, incidiendo sobre dos de sus aspectos esenciales: el límite máximo de días que pueden reponerse y los marcos temporales que condicionan su activación. Por lo que refiere al límite máximo se eleva hasta los 180 días, lo cual implica un incremento bastante significativo, que mejora la protección de los sujetos afectados y facilita todavía más la adopción de medidas de regulación temporal de empleo, tanto por parte de empresas que hasta ese momento no las habían utilizado como de otras que sí lo habían hecho sin alcanzar esa cifra máxima⁴⁷⁵. También se amplía el

⁴⁷² Así se extrae de las letras a) y c) del artículo 3.2 de la Ley Ley 27/2009, de 30 de diciembre.

⁴⁷³ A favor de la interpretación expuesta se posiciona GALA DURÁN, C.: “La suspensión de contratos...”, obra citada, página 21. En contra GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación de los modelos...”, obra citada, página 237. Este último autor considera que la aprobación de la Ley 27/2009 supuso la ampliación de las posibilidades de aplicación de la regla de reposición, incluyendo los supuestos donde se opta por abrir el disfrute de un nuevo derecho generado por el tiempo de trabajo posterior a la suspensión o reducción; posibilidad que no existía en el régimen establecido por el Real Decreto-ley 2/2009.

⁴⁷⁴ Así lo prevé el artículo 3.6 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre.

⁴⁷⁵ Conviene tener presente que, de acuerdo con las *Instrucciones Provisionales para la aplicación de la Ley 27/2009* de la Subdirección General de Prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, de 9 de marzo de 2009 (Ficha del Manual de Criterios 24/286), en los casos donde “*se producen varios ERES de suspensión o de reducción de jornada para establecer la reposición solo se estará al primero de ellos si supera los 120 días, pero si no supera los 120 días se podrían acumular períodos de distintos ERES que se resuelvan dentro de los plazos establecidos, hasta el máximo de 120 días*”. Esta precisión continúa siendo aplicable con la única salvedad del límite máximo, que ha pasado a 180 días.

arco temporal en el que debe situarse la medida suspensiva o de reducción de jornada retrasando un año el “*dies a quem*”, hasta el 31 de diciembre de 2011, y se ajusta el “*dies a quo*” del acto extintivo o la resolución que lo fundamenta a la fecha de entrada en vigor de la modificación normativa, el 18 de junio de 2010⁴⁷⁶.

7. LAS NOVEDADES INDIRECTAS, DERIVADAS DE LA REFORMA DEL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES

Además de los cambios introducidos en el artículo 47 del TRLET y en la normativa de Seguridad Social ligada a este precepto, la Reforma Laboral de 2010 también ha afectado indirectamente al régimen jurídico de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales al modificar aspectos relativos a otras instituciones que mantienen una estrecha vinculación con estas medidas. Me refiero en concreto a la delimitación de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción justificativas del despido objetivo y colectivo, de una parte, y de otra, al procedimiento para hacer efectivo este último. Ninguna de estas dos cuestiones constituye propiamente objeto del presente estudio y por tanto no se abordarán en profundidad, pero sí considero necesario ofrecer una visión general que ponga de manifiesto su incidencia en las medidas de regulación temporal de empleo.

7.2. LA NUEVA FORMULACIÓN DE LAS CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN

Como es bien sabido, la norma estatutaria condiciona la utilización de la suspensión y la reducción de jornada a la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, adoptando un esquema paralelo al empleado en el traslado, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el despido por causas empresariales (artículos 40.1, 41.1, 51 y 52.c) del TRLET, respectivamente). No obstante, a diferencia de lo que sucede en sede modificativa y extintiva el artículo 47 del TRLET no incorpora ninguna regla expresamente dirigida a especificar el significado de tales causas. Éste sólo se delimita de forma parcial e indirecta a través de un criterio de actuación dirigido a la Autoridad laboral, que no se ha visto alterado por la Reforma Laboral de 2010.

Según establece actualmente el artículo 47.1.c) del TRLET la autorización procederá “*cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida coyuntural es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa*”⁴⁷⁷. La finalidad principal de esta regla no es clarificar el significado de las causas empresariales que condicionan el acceso a la suspensión y a la reducción de jornada sino más bien restringir el margen de discrecionalidad administrativa en la resolución del expediente,

⁴⁷⁶ Esta previsión, contenida en el artículo 3.1.b) de la Ley 27/2009 se completa con la Disposición Transitoria quinta de la Ley 35/2010 donde se precisa que cuando el despido o la resolución que lo fundamenta sea anterior a 18 de junio de 2010 resultará aplicable la normativa anterior y, consecuentemente, la reposición será como máximo de 120 días. Este régimen de transitoriedad han sido criticadas, a mi entender con razón, por un sector doctrinal, por considerar que si se compara con el criterio adoptado en relación a la mejora de la bonificación “*establece una solución distinta que no parece muy lógica y que desde luego deja en peor lugar a los trabajadores que a los empleadores*” (ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones...”, obra citada, página 149).

⁴⁷⁷ La misma regla se formulaba anteriormente en el artículo 47.1.2º del TRLET.

pero indirectamente permite extraer algunos de sus caracteres definitorios⁴⁷⁸. Queda claro, de una parte, que la empresa debe hallarse en una situación negativa o desfavorable de naturaleza coyuntural⁴⁷⁹, y de otra, que la medida propuesta debe ser razonablemente necesaria para superar esta situación o, en otros términos, que debe existir una “*conexión de funcionalidad o instrumentalidad*” entre ambos elementos⁴⁸⁰. No obstante, aunque pueda extraerse la estructura básica del supuesto habilitante, la delimitación no deja de ser muy genérica y surge la necesidad de acudir a los criterios hermenéuticos previstos en sede modificativa o extintiva para complementar las indicaciones ofrecidas por el artículo 47 del TRLET.

Antes de valorar cuáles deben ser esos criterios hermenéuticos complementarios y lo que pueden aportar, no puedo dejar de manifestar mi decepción por el tratamiento secundario que la Reforma Laboral de 2010 otorga a las causas empresariales suspensivas. A pesar de que la falta de una regla interpretativa similar a las existentes en otros ámbitos genera importantes problemas aplicativos y ha sido reiteradamente denunciada por la doctrina, no se ha adoptado ninguna medida para corregirla, circunstancia que resulta particularmente criticable si se tiene en cuenta que la operación ha implicado la modificación de casi todos los encauzamientos interpretativos de las causas empresariales⁴⁸¹ y también del artículo 47 del TRLET, con el objetivo expresamente declarado de potenciar la utilización de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales. Incluso hubiera bastado con una remisión a los criterios establecidos en otros ámbitos, en caso de no querer afrontar la elaboración de un encauzamiento específico por la complejidad que implica, pero ni tan siquiera se ha hecho esto.

Formulada esta crítica, debemos volver a la realidad y plantearnos cual es el criterio hermenéutico más adecuado para complementar la delimitación general efectuada por el artículo 47.1.c) del TRLET. A mi modo de ver, la mejor opción era y continua siendo acudir a los parámetros establecidos para el despido, descartando los formulados en sede modificativa, básicamente porque son los que mejor se adapta a esa delimitación general⁴⁸². Veamos cuáles son los principales cambios que se han introducido en esos parámetros y su repercusión en el ámbito que nos ocupa.

La primera novedad que interesa destacar es la unificación del entendimiento causal del despido objetivo y del despido colectivo. En la actualidad queda del todo

⁴⁷⁸ Sigo en este punto el análisis desarrollado en mi estudio *La suspensión...*, obra citada, páginas 93 y siguientes.

⁴⁷⁹ El uso del sustantivo “*superación*” implica la existencia de un obstáculo o dificultad a vencer.

⁴⁸⁰ La expresión entrecomillado pertenece a la STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996/5.162).

⁴⁸¹ Excepto del previsto en el artículo 40.1 del TRLET para las causas empresariales justificativas del traslado.

⁴⁸² En sede modificativa no se requiere ningún obstáculo o dificultad a superar, que sí se exige indirectamente a través del artículo 47.1.c) del TRLET, sino simplemente de un contexto empresarial susceptible de mejora. Existen, además otros dos argumentos a favor de esta opción: primero, tanto la suspensión como la reducción de jornada implican una restricción del derecho al trabajo constitucionalmente previsto (artículo 35.1 de la CE), en su vertiente de derecho a la ocupación efectiva (artículo 4.2.a) del TRLET), y por ello resultan más próximas a la extinción que a la modificación; segundo, la sustancial identidad que en la versión originaria del Estatuto de los Trabajadores existía entre las causas que justificaban la suspensión y las que permitían acudir al despido colectivo. Para un mejor desarrollo de estos argumentos consúltese mi estudio *La suspensión...*, obra citada, páginas 98 y 99.

En contra y defendiendo la aplicación de los parámetros interpretativos previstos en sede modificativa se posiciona GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “*La fascinación...*”, obra citada, página 225.

claro que la delimitación efectuada en los párrafos 2º y 3º del artículo 51.1 del TRLET resulta aplicable a ambas hipótesis, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 52.c de la misma norma. Esta asimilación causal, que ha sido positivamente valorada por la mayoría de la doctrina⁴⁸³, tiene un efecto derivado, también positivo en la cuestión que nos ocupa porque elimina un problema: elegir entre el encauzamiento interpretativo del despido objetivo y el del despido colectivo, que anteriormente eran distintos. En resumidas cuentas, en el momento presente el criterio hermenéutico complementario sólo puede ser el contenido en los párrafos anteriormente citados y así lo ha entendido la mayoría de la doctrina⁴⁸⁴.

Aunque la nueva formulación de las causas empresariales extintivas en los párrafos 2 y 3 del artículo 51.1 del TRLET ha merecido opiniones muy dispares, hay algunas valoraciones que parecen disponer de un consenso bastante mayoritario: primera, la nueva redacción es más detallada, porque incorpora parámetros jurisprudenciales consolidados y otras precisiones que pueden reducir la problemática aplicativa de las causas, aunque restan todavía muchos conceptos jurídicos indeterminados de difícil interpretación⁴⁸⁵; segunda, la nueva redacción es más amplia que la anterior y facilita a la parte empresarial la adopción de medidas extintivas⁴⁸⁶.

Desde la perspectiva del artículo 47 del TRLET estos cambios también son importantes porque contribuyen a delimitar mejor los elementos que integran el supuesto habilitante, particularmente a la situación negativa o desfavorable de carácter coyuntural, al tiempo que potencian la utilización de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales.

De una parte, por lo que refiere a los casos donde se esgrima causa económica la empresa deberá encontrarse, como ya se exigía antes, en una “*situación económica negativa*”, pero ahora se añade que ésta puede concretarse en la existencia de “*pérdidas actuales o previstas*”, en “*la disminución persistente de su nivel de ingresos*” o en otros

⁴⁸³ Véase, por todos, DEL REY GUANTER, S.: “Sobre las causas y su justificación en los despidos empresariales”, Diario La Ley, número 7488, de 14 de octubre de 2010, página 18.

⁴⁸⁴ Véanse, entre otros: DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en AA.VV. *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2010, página 95, nota a pie número 55; CHARRO BAENA, P.: “La suspensión...”, obra citada, páginas 354-355; LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna...”, obra citada, página 11; y DEL REY GUANTER, S. y MORENO PIÑERO, F.: “Informe de urgencia...”, obra citada, página 67.

⁴⁸⁵ Conviene recordar que un de los objetivos de la Ley 35/2010 es justamente, según se establece en el punto II de su Preámbulo, dar “*una nueva redacción de estas causas de extinción que proporcione una mayor certeza tanto a trabajadores y a empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial*”, añadiendo acto seguido que “*la modificación integra en la ley la interpretación que los órganos jurisdiccionales han hecho de las causas del despido objetivo en el desarrollo de la tarea de revisión jurisdiccional de las decisiones empresariales en esta materia*”. La incorporación de criterios jurisprudenciales se evidencia sobre todo en la primera parte del segundo párrafo del artículo 51.1 del TRLET, que recoge una formulación muy conocida proveniente de la STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996/5.162) y posteriormente reiterada en muchos otros pronunciamientos, que también ha sido muy utilizada a nivel doctrinal.

⁴⁸⁶ Coinciden en esta apreciación DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma...”, obra citada, páginas 84 a 96 y DEL REY GUANTER, S.: “Sobre las causas...”, obra citada, página 19. Para este último autor “*claramente en el caso de las causas técnicas, organizativas o de producción, con más confusión en el caso de las causas económicas, lo cierto es que se ha optado por sustraer al despido de una esfera de excepcionalidad en la gestión de las empresas, procediendo a una normalización en la posible utilización de tal despido como instrumento para favorecer la competitividad de la empresa y, con ello, mejorar su situación*”.

contextos similares, siempre que exista una posible afectación a su “*viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo*”⁴⁸⁷. De esta forma se abre la puerta a la inclusión de algunas hipótesis que anteriormente eran muy discutidas⁴⁸⁸, sin que ello implique excluir otras no expresamente referidas, dado que al enumeración no tiene carácter cerrado⁴⁸⁹.

En relación a las restantes causas se aclara que todas ellas implican la existencia de “*cambios*” en el ámbito “*de los medios o instrumentos de producción*” (causa técnica), “*de los sistemas y métodos de trabajo del personal*” (causa organizativa) o “*en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado*” (causa productiva), aunque la formulación tiene carácter abierto y admite la afectación a otros aspectos⁴⁹⁰. Lo más relevante es que ya no se exige que tales situaciones generen una amenaza para la viabilidad de la empresa o de su empleo, sino tan solo una situación que requiere una mejora desde la perspectiva de la competitividad⁴⁹¹. Ello implica una importante aproximación a la delimitación efectuada en sede modificativa, al tiempo que permite cubrir con mayor naturalidad y sin forzar los términos las situaciones en las que normalmente se fundamentan las peticiones de suspensión y reducción de jornada que se canalizan a través de las causas técnicas, organizativas y productivas.

7.3. LA MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO

También son importantes, en segundo lugar, los cambios que se introducen en el procedimiento de despido colectivo porque, como es bien sabido, éste resulta también aplicable a la suspensión y a la reducción de jornada por causas empresariales en virtud de la remisión efectuada por el artículo 47.1 del TRLET. Pues bien, las novedades más significativas que en este punto introduce la Reforma Laboral de 2010 son la atribución de carácter máximo a la duración del período de consultas, que anteriormente era un mínimo, y la reducción a la mitad del plazo que tiene la Autoridad laboral para dictar resolución cuando se alcanza un acuerdo durante esa negociación. El objeto en ambos casos es claro: dar mayor agilidad a la tramitación del procedimiento de regulación de

⁴⁸⁷ Esta última referencia limita de forma importante la potencialidad que tienen los ejemplos que la preceden e implica que tanto las pérdidas como la disminución de ingresos deberán tener una entidad suficiente para generar esa afectación. Ello ha motivado la crítica de un sector doctrinal, al considerar que esta conceptualización de la situación económica negativa “*es contradictoria con el plano no patológico en el cual se sitúan el resto de causas*” (DEL REY GUANTER, S.: “Sobre las causas...”, obra citada, página 19).

⁴⁸⁸ En concreto las situaciones donde se prevean pérdidas en un futuro inmediato y aquellas otras en las que se produzca una disminución persistente del nivel de ingresos. La novedad que implica la consideración expresa de ambas como ejemplo de situación económica negativa ha sido destacada por diversos autores, como por ejemplo BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010”, en AA.VV. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, páginas 64 y 65.

⁴⁸⁹ Situaciones como un incremento significativo de los gastos, una disminución persistente de los resultados o un problema grave de liquidez, también podrán considerarse situaciones económicas negativas si tienen suficiente entidad para afectar a la viabilidad de la empresa o al mantenimiento de su volumen de empleo.

⁴⁹⁰ La reiterada intercalación de la expresión “*entre otros*” evidencia ese carácter abierto.

⁴⁹¹ Como ha destacado un sector doctrinal con una expresión muy acertada “*la viabilidad mejorable se añade a la viabilidad amenazada*” (DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma del despido...”, obra citada, páginas 94 y 95).

empleo. Valoremos brevemente la trascendencia que pueden tener en las regulaciones temporales de empleo.

Por lo que refiere a la nueva consideración de la duración del período de consultas como un máximo, que se manifiesta en el artículo 51.4 del TRLET señalando que dicho período “*tendrá una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores*”, la repercusión sobre las medidas previstas en el artículo 47 de la misma norma es especialmente importante, dado que en este último ámbito el plazo ordinario es de quince días naturales y se reduce a ocho en las empresas de menos de cincuenta trabajadores (artículo 22.b del RPRE 2011)⁴⁹². Así pues, el margen de tiempo que las partes tienen para negociar es más reducido y, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, no hay ningún obstáculo para dar por finalizado el período de consultas si ambas partes manifiestan un desacuerdo expreso antes del agotamiento del plazo⁴⁹³, como también evidentemente en caso de que se alcance un pacto.

El otro cambio destacable en lo que refiere al procedimiento es la reducción a siete días naturales el plazo que tiene la Autoridad laboral para dictar resolución cuando se alcanza un acuerdo durante esa negociación, un plazo que se recoge en el artículo 51.5 del TRLET y que anteriormente era de quince días naturales. Así pues, el tiempo que el empresario tarda en obtener la autorización y poder aplicarla cuando las medidas han sido consensuadas con la representación laboral disminuye notablemente, un hecho

⁴⁹² Ésta es una de las principales novedades que aporta el nuevo marco reglamentario sobre regulación de empleo en relación a la figura que nos ocupa. Conviene recordar que anteriormente el artículo 20.a) del RPRE 1996 establecía un único plazo de quince días, previsión que muy probablemente implicaba un defecto “*ultra vires*”, dado que el artículo 47.1.b) del TRLET establecía que “*el plazo a que se refiere el artículo 51.4, relativo a la duración del período de consultas, se reducirá a la mitad*”. Así pues, el RPRE 2011 no sólo posibilita la agilización del procedimiento en las empresas de pequeña dimensión sino también un mejor ajuste con el marco legal.

⁴⁹³ Así lo destacan, entre otros, BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción...”, obra citada, página 72 y DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en AA.VV. *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2010, páginas 97 y 98. El RPRE 2011 reconoce expresamente esta posibilidad en su artículo 11.1.4º, señalando que el período de consultas “*se entenderá finalizado, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, cuando se alcance el acuerdo a que se refiere el artículo 14 y, en todo caso, cuando ambas partes así lo manifiesten expresamente*”.

Más complejo resulta determinar si las partes negociadoras pueden prorrogar el período de consultas más allá del plazo establecido para intentar alcanzar un acuerdo. El primero de los autores citados en el párrafo anterior se inclina por una respuesta positiva en base a dos argumentos: primero, que el objetivo de la norma es impedir que pueda fijarse a priori una duración mayor que la establecida legalmente, pero no impedir la consecución de un pacto cuando ambas partes manifiestan una clara voluntad de alcanzarlo; segundo, que a diferencia de los artículos 40 y 41 del TRLET en sede extintiva se alude a un plazo “*<no superior>*, a diferencia de lo que sucede en las consultas sobre movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo, en las que los plazos se califican de máximos e *<improrrogables>*”. El RPRE 2011 parece apuntar en sentido contrario dado que su artículo 11.4 obliga al empresario a comunicar “*en el plazo máximo de cinco días, la solicitud final de despido colectivo que realiza y las condiciones del mismo, junto con el resultado del período de consultas*”, así como “*el contenido definitivo del plan de acompañamiento social y, en su caso, de las medidas a aplicar, de las previstas en el apartado I*”, añadiendo acto seguido que “*si transcurrido el plazo máximo fijado para el período de consultas no se hubiera recibido la comunicación a que se refiere este apartado en el indicado plazo de cinco días, se producirá la terminación del procedimiento por desistimiento del empresario y la autoridad laboral procederá, sin más trámite, a declararlo así, con notificación a los interesados*”.

particularmente relevante en el ámbito que nos ocupa puesto que el porcentaje de acuerdo en las regulaciones temporales de empleo es muy alto⁴⁹⁴.

La reducción expuesta en el párrafo anterior tendrá previsiblemente otro efecto derivado nada intrascendente: incentivar que la intervención administrativa en tales hipótesis sea de baja intensidad y que acabe derivando frecuentemente en una autorización casi automática, reduciendo a la mínima expresión las actuaciones de comprobación sobre la inexistencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho que deberían llevarse a cabo en virtud del segundo párrafo del artículo 51.5 del TRLET⁴⁹⁵. Si a ello se añade que en el nuevo marco normativo la Autoridad laboral puede dictar la resolución autorizatoria sin disponer del informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social⁴⁹⁶, el resultado final es que la intervención de aquélla en las medidas acordadas adquiere un papel muy residual, aunque formalmente se continúe requiriendo su autorización.

Al margen de todo lo expuesto, conviene tener presente que el RPRE 2011 ha incorporado un par de indicaciones relevantes sobre la documentación que debe aportarse en las solicitudes de medidas de regulación temporal de empleo. La primera da cumplimiento al mandato del artículo 47.1.b del TRLET donde se establece que “*la documentación será la estrictamente necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen*”, aunque de forma parcial, porque la especificación sólo se lleva a cabo respecto a la documentación acreditativa de los resultados de la empresa, que en virtud del artículo 22.c) de la nueva norma reglamentaria “*se limitará a la del último ejercicio económico completo así como a las cuentas provisionales del vigente a la presentación de la solicitud del procedimiento*”⁴⁹⁷. La segunda, contenida en el artículo 22.2º, señala

⁴⁹⁴ Según los datos que figuran en el *Boletín de Estadísticas Laborales* elaborado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, en el año 2009 se autorizaron 10.089 expedientes de suspensión, de los cuales 9.022 fueron acordados (el 89,4 por 100) y 1.630 de reducción de jornada, de los cuales 1.523 fueron acordados (98,4 por 100). Las cifras son similares en el año 2010, donde los porcentajes de acuerdo en los expedientes autorizados son del 89,7 por 100 en la suspensión (9.462 de 10.532) y 93,7 en la reducción de jornada (2.958 de 3.160).

⁴⁹⁵ Esta intervención de baja intensidad ya se viene dando desde hace tiempo en la práctica administrativa, evidenciando una actitud de no injerencia y respeto por parte de la Autoridad laboral hacia las decisiones surgidas de la negociación, especialmente cuando se han pactado medidas temporales de regulación de empleo, menos traumáticas que las extintivas. Véanse, al respecto, los datos y reflexiones que sobre el particular se aportan en mi estudio *La suspensión...*, obra citada, páginas 350 a 358.

⁴⁹⁶ Esta posibilidad ha sido advertida por algunos analistas de la Reforma Laboral de 2010, como BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción...”, obra citada, páginas 78 y 79. Los argumentos que esgrime este autor son dos: de una parte, la imposibilidad de cohonestar el plazo en que debe emitirse el informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social con el establecido para dictar resolución en caso de acuerdo, sobre todo cuando este se alcance antes de agotar la duración establecida para el período de consultas; de otra, la inclusión de una nueva obligación en el artículo 51.5 del TRLET para los supuestos de resoluciones de autorización basadas en medidas acordadas, que se concreta en dar “*traslado de la misma a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y a la entidad gestora de la prestación por desempleo*”, con el objetivo de que puedan manifestar lo que estimen conveniente, dado que pueden haber observado alguna irregularidad que sobre la que no han podido informar por falta de tiempo.

⁴⁹⁷ En los supuestos de despido colectivo se requieren “*las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancia, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la solicitud del expediente, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante*”.

expresamente la obligación de presentar un plan de acompañamiento social en las solicitudes de regulación temporal de empleo cuando la empresa tenga cincuenta o más trabajadores; una previsión que a mi entender no altera la situación precedente, donde tal obligación ya existía⁴⁹⁸, pero elimina las dudas que se habían planteado sobre el particular.

8. LAS DEFICIENCIAS DE LA REFORMA LABORAL DE 2010: PRINCIPALES CUESTIONES PENDIENTES

Aunque la Reforma laboral de 2010 ha supuesto la introducción de algunas mejoras en el régimen jurídico de las figuras reguladas por el artículo 47 del TRLET, hay varios aspectos del mismo que presentaban y continúan presentando importantes deficiencias, porque a pesar de haber sido reiteradamente denunciadas por la doctrina no se han corregido. No pretendo hacer una exposición minuciosa de todas esas deficiencias y sus posibles soluciones, pero sí entiendo necesario destacar las más significativas, sobre todo porque condicionan directamente la operatividad de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales y el correcto desarrollo de la función que tienen asignada, que no es otra que la gestión cuantitativa del tiempo de trabajo, sin incurrir en excesos o abusos.

8.1. LA DIVERSIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Como puse de manifiesto hace ya algunos años en mi estudio de tesis doctoral⁴⁹⁹, uno de los rasgos característicos de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales es su uniformidad procedimental: sea cual sea la dimensión temporal de dichas medidas (número de horas y/o de días de inactividad) y el número de sujetos afectados, se requiere la obtención de una autorización administrativa previa a través del procedimiento de regulación de empleo. Este esquema contrasta fuertemente con el adoptado en otros instrumentos de reorganización productiva, como la movilidad funcional, la movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el despido por causas empresariales, que se gradúan en función de esos dos parámetros. La imposición de un mecanismo de control previo de máxima intensidad a todo ejercicio del poder suspensivo no sólo casa mal con la lógica que ordena la ubicación de los límites formales de los poderes organizativos empresariales, sino que genera importantes distorsiones prácticas porque, por ejemplo, desde un punto de vista estrictamente procedimental, al empresario le resulta más fácil adoptar un despido por causas objetivas que una suspensión por causas empresariales. El control del acceso a la protección por desempleo no parece un argumento suficiente para justificar esta

La directriz general de simplificación documental no se concreta en relación a los restantes supuestos donde la nueva norma reglamentaria aporta indicaciones precisas sobre los datos y documentos a presentar, a saber, los casos donde se alega previsión de pérdidas (artículo 6.3 del RPRE 2011) y aquellos en que la medida se fundamenta en la concurrencia de causas técnicas, organizativas o de producción (artículo 7 del RPRE 2011). Ello genera una importante inseguridad jurídica, por cuanto fuerza a valorar caso por caso qué documentos de los previstos exigidos con carácter general son “*estrictamente necesarios*” y cuáles no.

⁴⁹⁸ Me remito, de nuevo, a mi estudio *La suspensión...*, obra citada, páginas 304 y siguientes.

⁴⁹⁹ *La suspensión...*, obra citada, páginas 386 a 410.

situación⁵⁰⁰, dado que existen otras situaciones con mayor riesgo de fraude donde no se requiere la previa autorización de la administración y en la práctica la actuación que esta lleva a cabo tampoco asegura un efectivo control, particularmente en los casos donde el período de consultas ha fructificado en acuerdo.

El consenso que existe a nivel doctrinal respecto al problema que nos ocupa hacía presagiar que la anunciada modificación del artículo 47 del TRLET adoptaría alguna medida al respecto⁵⁰¹. Durante la negociación entre el Gobierno y los agentes sociales, la patronal planteó la necesidad de repensar los límites formales de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales. En esa misma línea se formularon algunas enmiendas durante la tramitación parlamentaria, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado⁵⁰². El resultado final no fue el esperado, sino todo lo contrario.

La Reforma Laboral de 2010 no sólo ha renunciado a diversificar los requisitos formales para acceder la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales, sino que ha consolidado la uniformidad procedimental, formulando expresamente en el artículo 47 del TRLET una regla que anteriormente se extraía implícitamente de su contenido. El nuevo apartado 1.a) de dicho precepto establece, tras remitirse al procedimiento previsto en el artículo 51 de la misma norma, que “*el procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión*”. De esta forma se despeja cualquier duda respecto a la

⁵⁰⁰ Esta es la única razón esgrimida en su momento por el legislador, según se extrae de la Memoria que acompañó al Anteproyecto de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, (citada por VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1994, página 408) que mantuvo esa uniformidad procedimental al tiempo que diversificaba los límites formales de los restantes poderes organizativos empresariales.

⁵⁰¹ Son varios los autores que han criticado la uniformidad procedimental de la suspensión por causas empresariales. Véanse, entre otros: LUQUE PARRA, M.: Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral, Bosch, Barcelona, páginas 782 y 783; CABEZA PEREIRO, J.: “Reducción de jornada y situación legal de desempleo”, *Aranzadi Social*, 1996, página 69; CHARRO BAENA, P.: “Suspensión del contrato...”, obra citada, páginas 358 y 359; SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Artículo 47”, en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 7ª Edición, Aranzadi, Pamplona, 2007, página 357.

⁵⁰² En el Congreso de los Diputados se presentaron dos enmiendas que proponían cambios en la vertiente procedimental de las regulaciones temporales de empleo. La primera es la Enmienda número 227 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (*Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso)*, Serie A, número 81-8, de 27 de julio de 2010, página 116), donde se plantea aplicar a las suspensiones y a las reducciones de jornada por causas empresariales la misma escala cuantitativa prevista en el artículo 51.1 del TRLET para los despidos colectivos, de forma que cuando el número de sujetos afectados superase estos límites continuaría exigiéndose autorización administrativa y en caso contrario bastaría con preavisar al trabajador con quince días de antelación a la adopción de la medida. La misma propuesta fue reiterada posteriormente a través de la Enmienda número 188 presentada por el Grupo Popular en el Senado (*Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado)*, Serie II, número 722 (d), de 17 de agosto de 2010, página 129). En la misma línea, aunque con un planteamiento mucho más sencillo, se sitúa la Enmienda número 82 presentada en el Congreso de los Diputados por diversos parlamentarios del Grupo Parlamentario Mixto (*Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso)*, Serie A, número 81-8, de 27 de julio de 2010, página 58), que propone la supresión de la autorización administrativa en los casos donde el período de consultas fructifique en un acuerdo, argumentando que en tales casos “*no tiene sentido que la autoridad administrativa deba autorizar el acuerdo con las consiguientes dilaciones y retrasos*” y que “*es preciso flexibilizar y dar seguridad jurídica al acuerdo entre las partes*”. También en este caso se reiteró la propuesta en el Senado a través de la Enmienda número 254 presentada por diversos integrantes del Grupo Parlamentario Mixto (*Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado)*, Serie II, número 722 (d), de 17 de agosto de 2010, página 153)

aplicación en la hipótesis que nos ocupa de la escala prevista en el artículo 51.1 del TRLET y, lo que resulta más preocupante, se cierra la puerta a una eventual diversificación del procedimiento a través de la norma reglamentaria de desarrollo; una operación que anteriormente ya resultaba un tanto forzada pero era técnicamente posible y que en la actualidad queda absolutamente descartada.

En resumidas cuentas, la nueva regla que se ha incorporado en el artículo 47.1.a) del TRLET resulta muy negativa y debe ser severamente criticada⁵⁰³, porque consolida la uniformidad procedimental de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales, sin dejar ningún margen de maniobra a la norma reglamentaria para flexibilizar los requisitos formales de las medidas de regulación temporal de empleo y adaptarlas a la lógica que siguen el resto de poderes organizativos empresariales. La única vía es una nueva reforma del artículo 47 del TRLET que en el momento presente se antoja poco probable.

8.2. LA GARANTÍA DE LA TEMPORALIDAD

La temporalidad es el elemento más característico de las medidas previstas en el artículo 47 del TRLET: tanto la suspensión como la reducción de jornada por causas empresariales tienen un alcance transitorio o temporalmente limitado, aunque no se fije ningún límite máximo que lo concrete. El mismo rasgo presenta la situación de dificultad que implican las causas empresariales suspensivas, situación a la que el apartado 1.c) atribuye “*carácter coyuntural*”.

En la práctica el control de esta característica ha resultado siempre muy complicado, por cuanto existe una cierta tendencia a utilizar las medidas de regulación temporal de empleo ante situaciones estructurales o previsiblemente definitivas, con el único objetivo de retrasar la adopción de otras decisiones más drásticas que objetivamente serían las oportunas. Este uso desviado es criticable no solo por razones de coherencia y respeto a la configuración normativa de tales medidas, sino también porque su puesta en práctica implica la inversión de unos recursos públicos que se justifica básicamente en la protección de los sujetos afectados pero también para facilitar la recuperación de la organización empresarial. Varias de las reformas que se han introducido en su régimen jurídico han intentado afrontar este problema, pero de una forma un tanto errática y sin

⁵⁰³ En este mismo sentido se han posicionado CHARRO BAENA, P.: “Suspensión del contrato...”, obra citada, página 359; LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna...”, obra citada, página 10; y REY GUANTER, S. y MORENO PIÑERO, F.: “Informe de urgencia...”, obra citada, página 66.

Existe, por el contrario, otro sector doctrinal que valora positivamente la nueva regla incorporada al artículo 47.1.a) del TRLET, al considerar que hasta su aparición la remisión al procedimiento establecido en el artículo 51 del TRLET implicaba que no podía acudir a la suspensión por causas empresariales ni a la reducción de jornada si no se superaban los umbrales cuantitativos previstos en el apartado 1 de dicho precepto, un problema particularmente grave para las PYMES que aquella regla solventa porque deja claro que el procedimiento de regulación de empleo resulta aplicable con independencia del volumen de sujetos afectados. Así lo entienden GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación...”, obra citada, página 227; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna...”, obra citada, página 10; y VIDAL VIDAL, J. y VICEDO CAÑADA, L.: “Ley 35/2010...”, obra citada, página 6. A mi modo de ver, la premisa sobre la que se construye esta valoración positiva no es acertada, porque antes de la Reforma Laboral de 2010 era perfectamente posible solicitar y obtener autorizaciones administrativas aunque no se superasen los umbrales del artículo 51.1 del TRLET, como evidencian los propios datos estadísticos ofrecidos por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, a través del *Boletín de Estadísticas Laborales* (<http://www.mtin.es/estadisticas/bel/index/htm>), que dan fe de ese tipo de situaciones.

adoptar medidas demasiado contundentes.

En los últimos años han confluído diversos factores que aumentan todavía más el problema y, consecuentemente, la necesidad de articular mecanismos control que permitan garantizar la lógica temporal de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales. Son concretamente tres: primero, el incremento de los recursos públicos dedicados a la regulación temporal de empleo, fruto de los incentivos articulados a través del Real Decreto-ley 2/2009, y la Ley 27/2009, de 30 de diciembre; segundo y consecuencia directa del anterior, el mayor riesgo de utilización fraudulenta o desviada de las medidas previstas en el artículo 47 del TRLET debido, de una parte, al superior ahorro de costes que ahora permiten (bonificación de cotizaciones), y de otra, a la posibilidad de acceder a ellas con mayor facilidad, dadas las menores reticencias planteadas por los trabajadores que han visto muy reducidas las secuelas que anteriormente les generaban (reposición de prestaciones); tercero y como consecuencia de todo lo anterior, el espectacular aumento que en la práctica han experimentado las medidas de suspensión y reducción de jornada, invirtiendo el papel marginal que tenían hace algunos años.

Existe otra circunstancia que sin ser nueva resulta determinante en el contexto actual: la imposibilidad de operar una disminución definitiva del volumen de trabajo inicialmente contratado sin contar con el consentimiento del sujeto afectado. El artículo 12.4.e) del TRLET es absolutamente claro en este punto e impide la introducción de este cambio de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al amparo del artículo 41.1.a) de la misma norma. En la práctica tales disminuciones son muy difíciles de llevar a cabo, por no decir imposibles, dado que tampoco quedan cubiertas por la prestación por desempleo, y todo ello hace que a menudo los mecanismos de regulación temporal de empleo se fuercen indebidamente utilizándolos como sucedáneos de aquella medida.

En resumidas cuentas, la articulación de mecanismos control que permitan garantizar la lógica temporal de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales es más necesaria que nunca y a pesar de ello la Reforma Laboral de 2010 no ha dado ningún paso en ese sentido. Las posibilidades que existen al respecto son muy diversas: fijar un tope temporal máximo para las suspensiones y reducciones de jornada⁵⁰⁴; requerir una verificación específica de la coyunturalidad por parte de la administración, etc. El RPRE 2011 parece apuntar en esta última línea, dado que incorpora diversas previsiones que refuerzan la obligación empresarial de acreditar el alcance meramente coyuntural de la situación de dificultad alegada, la coherencia entre ésta y la duración de las medidas propuestas, así como su comprobación por parte de la Autoridad Laboral en la fase de resolución⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Esta es la opción que defiende GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación de los modelos...”, obra citada, página 226.

⁵⁰⁵ El artículo 21.3 del RPRE 2011 establece que “*El alcance y la duración de las medidas solicitadas para suspender los contratos o reducir la jornada será la adecuada a la situación coyuntural que se pretende superar*”, una regla que a pesar de ser lógica resulta novedosa. Posteriormente la misma norma establece, en su artículo 22.c) y en línea con el artículo 20.b) del RPRE 1996, que la documentación justificativa aportada por el empresario respecto a la concurrencia de la causa “*será la estrictamente necesaria para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa*”, y en su artículo 24.2º que procederá la autorización de la medida “*en los casos*

9. CONCLUSIONES

La reforma del régimen jurídico de la suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales, cuya parte esencial se incluye en el artículo 47 del TRLET, reclamada desde hace tiempo por la doctrina, ha llegado en un momento particularmente importante para los mecanismos de regulación temporal de empleo. El contexto de crisis económica en el que nos hallamos junto con los incentivos introducidos hace un par de años para fomentar su utilización, han incrementado espectacularmente tanto el número de expedientes autorizados como el de sujetos afectados, invirtiendo el papel marginal que hasta la fecha habían tenido esos mecanismos hasta convertirlos en instrumentos de uso generalizado. Los datos estadísticos hablan por sí solos: en el año 2007 se concedieron 1.475 autorizaciones de suspensión y reducción de jornada que afectaron a 32.659 trabajadores y trabajadoras, mientras que dos años después, en 2009 esos números se habían incrementado hasta 15.449 y 485.806, respectivamente. En 2010 se invierte la tendencia y las cifras empiezan a descender, pero continúan siendo significativas: 13.692 autorizaciones y 248.472 sujetos afectados.

Las expectativas que se habían depositado en la Reforma Laboral de 2010 eran muchas y no todas se han cumplido. Los cambios se introdujeron esencialmente a través del Real Decreto-ley 10/2010 y tomando como referencia la reducción temporal de jornada prevista en el derecho alemán, denominada “*kurzerbeit*”; un referente que en algunos casos ha aportado novedades positivas pero en otros ha derivado en regulaciones desajustadas, que generan importantes distorsiones. La Ley 35/2010 también ha incorporado algunos cambios, pero por lo general son menos significativos y se concretan en reglas que en la mayoría de casos resultan bastante ambiguas, característica que comporta numerosos problemas interpretativos.

El cambio más emblemático y destacado que ha sufrido el artículo 47 del TRLET es el reconocimiento y regulación expresa, en su apartado 2, de la reducción de jornada, una variante de suspensión discontinua que anteriormente se admitía en la práctica administrativa y estaba prevista en la normativa de Seguridad Social. Por una parte este afloramiento en la ley estatutaria es positivo, porque regulariza una situación poco satisfactoria y potencia la utilización de dicha medida, pero resulta muy criticable la amplitud con que se define, incluyendo no solo las disminuciones temporales de la jornada diaria sino también las que afecten a la jornada semanal, mensual y anual. Ello genera un solapamiento conceptual con la suspensión que plantea importantes distorsiones, tanto en el plano teórico como en el práctico, y que resulta muy difícil de resolver. La solución más convincente es limitar la suspensión a las disminuciones temporales de carácter continuo y reconducir a la reducción de jornada todas las discontinuas, pero en el actual contexto normativo esta delimitación es muy forzada, sobre todo tras la aprobación del RPRES 2011 que consolida ese solapamiento conceptual.

en que la causa que motiva la adopción de dichas medidas no afecte de manera permanente a la empresa y los efectos de aquélla sean superables con medidas transitorias y no definitivas”, una regla que se aplica a todas las hipótesis, con independencia de si ha alcanzado o no un acuerdo durante el período de consultas. A mi entender, esta última previsión es la más destacable y la que abre la puerta a un control más intenso de la coyunturalidad, aunque su trascendencia práctica resulta una incógnita, dado el escaso margen de tiempo que la autoridad laboral tiene para resolver.

Las otras dos novedades que presenta el artículo 47 del TRLET derivan esencialmente de la Ley 35/2010 y son de menor entidad: la prohibición de las horas extraordinarias en situaciones de reducción de jornada y el fomento de las acciones formativas en contextos de regulación temporal de empleo. La primera es lógica y oportuna, porque el recurso a las horas extraordinarias es contradictorio con la reducción de jornada y su prohibición expresa puede contribuir a evitar actuaciones fraudulentas de difícil control. No obstante plantea algunos problemas aplicativos nada fáciles de resolver, como la delimitación del ámbito subjetivo de la prohibición y su aplicación a las horas complementarias cuando aquella medida afecte a contratos tiempo parcial. La segunda no resulta nada satisfactoria, porque a pesar del acierto del objetivo la fórmula utilizada es muy genérica (no identifica al sujeto obligado, no garantiza ningún derecho a los trabajadores y trabajadoras, no concreta el enfoque de las acciones formativas, etc). La mayoría de estas cuestiones podrían resolverse a nivel reglamentario, pero el RPRE 2011 no aporta nada al respecto.

La Reforma Laboral de 2010 también ha incidido en la normativa de Seguridad Social ligada a las medidas de regulación temporal de empleo, con el objetivo esencial de adecuarla a los cambios operados en el artículo 47 del TRLET. En concreto se redefinen los conceptos “*desempleo total*” y “*desempleo parcial*” de los artículos 203.2 y 203.3 del TRLGSS, en términos que de entrada pueden resultar sorprendentes pero que son del todo lógicos y previsibles atendiendo al nuevo marco estatutario. Se aprovecha la ocasión para introducir, en el artículo 210.5 del TRLET, una nueva regla sobre el consumo de prestaciones en desempleo parcial que limita el porcentaje consumido al de efectiva reducción de jornada; una regla muy positiva, porque acaba con un injusto criterio aplicado anteriormente por la entidad gestora y sin duda supondrá un importante estímulo para la utilización de la reducción de jornada. La parte negativa se halla en el mantenimiento en el artículo 203.3 del TRLGSS de la regla que deja sin protección por desempleo a las reducciones que se extiendan a todo el período que resta de vigencia del contrato de trabajo. Esta exclusión se proyecta sobre un colectivo ya de por sí precarizado, como son los sujetos con contratos temporales, y carece de toda justificación, por lo cual resulta difícilmente compatible con la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 14 de la CE.

Otro de los ámbitos sobre el que actúa la Reforma Laboral de 2010 son los incentivos previstos en la Ley 27/2009 para fomentar la utilización de los instrumentos de regulación temporal de empleo, con el claro objetivo de intensificarlos. En relación a la bonificación de la cotización empresarial ello se traduce en el incremento del porcentaje hasta el 80 por 100 cuando se haya obtenido un acuerdo con la representación laboral que incluya medidas para reducir los efectos sobre los sujetos afectados, en la reducción a seis meses del compromiso de mantenimiento en el empleo y en la ampliación de los marcos temporales que acotan el disfrute de ese beneficio. Aunque se comparta la filosofía de estos retoques y la necesidad de llevarlos a cabo, la forma como se ejecutan en los dos primeros casos resulta criticable, dado que el incremento del porcentaje de bonificación se condiciona al cumplimiento de una condición muy mal delimitada y sin articular ningún mecanismo de control, y que la reducción del compromiso de mantenimiento del empleo se vincula a esa misma condición en lugar de establecerse con carácter general. Las consecuencias de todo ello son difíciles de predecir, porque puede haber empresarios que por cautela renuncien a aplicarse la

bonificación ante la inseguridad jurídica que genera el marco normativo, la incertidumbre sobre la posibilidad de cumplir el compromiso de mantenimiento en el empleo y las graves consecuencias que comporta su eventual rotura, pero también otros más atrevidos que se lancen sin complejos a la caza del beneficio ante la ausencia de controles previos.

También se amplía la reposición de la prestación por desempleo consumida en situaciones de regulación temporal de empleo previas a extinciones, un mecanismo que en la práctica ha resultado clave para potenciar la utilización de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales, al promocionar la obtención de acuerdos durante el período de consultas y, correlativamente, de la autorización administrativa. El incremento del límite máximo de reposición hasta los 180 días y la extensión de su marco temporal de aplicación merecen, por tanto, una valoración positiva, porque facilitan el acceso a las regulaciones temporales de empleo, tanto puntuales como sucesivas, siempre no superan ese límite máximo, que en términos generales resulta razonable.

Además de los cambios introducidos en el artículo 47 del TRLET y en la normativa de Seguridad Social ligada a este precepto, la Reforma Laboral de 2010 también ha afectado indirectamente al régimen jurídico de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales al modificar aspectos relativos a otras instituciones que guardan una estrecha vinculación con estas medidas. La nueva formulación de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción justificativas del despido contribuye a delimitar mejor los elementos que integran el supuesto habilitante de las regulaciones temporales de empleo y a ampliar su alcance, aunque lo deseable hubiese sido introducir en aquel precepto estatutario un criterio hermenéutico específico de formato similar a los existentes en los artículos 40.1, 41.1 y 51.1 del TRLET. También repercuten indirectamente los cambios introducidos en el procedimiento de despido colectivo, particularmente la atribución de carácter máximo a la duración del período de consultas y la reducción a la mitad del plazo para dictar resolución cuando éste fructifique en un acuerdo, que agilizan notablemente la tramitación del procedimiento de regulación de empleo. El porcentaje de consenso en las propuestas de suspensión y de reducción de jornada es en la práctica muy elevado y por ello la incidencia puede ser muy significativa en este ámbito, más teniendo en cuenta los avances que en la misma línea aporta el BRPRE, que en supuestos de acuerdo consolidan una intervención administrativa residual y de muy baja intensidad.

Para finalizar no puedo evitar destacar las dos grandes decepciones que, a mi modo de ver, genera la Reforma Laboral de 2010 en relación al régimen jurídico de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales: la consolidación de la uniformidad procedimental y la renuncia a convertir la coyunturalidad en su eje central.

Exigir la obtención de una autorización administrativa previa a través de la tramitación del procedimiento de regulación de empleo con independencia del número de sujetos afectados y de la dimensión temporal de la suspensión y la reducción de jornada resulta excesivo e incoherente con la lógica que ordena la articulación de los límites formales en los restantes poderes organizativos empresariales. El nuevo artículo 47 del TRLET no solo mantiene esta uniformidad sino que la consolida a través de la regla establecida en su apartado 1.a), impidiendo cualquier diversificación de procedimiento a nivel reglamentario. La

configuración de unos límites formales razonables y ajustados a las concretas características de las medidas de regulación temporal de empleo planteadas por la parte empresarial contribuiría sin ninguna duda a potenciar la utilización de tales medidas, particularmente en el ámbito de la pequeña y mediana empresa, pero no existen expectativas de que ello vaya a producirse en un futuro inmediato.

Igual de decepcionante es que no se hayan articulado mecanismos para garantizar que las medidas analizadas se utilizan exclusivamente ante dificultades de carácter coyuntural y no ante situaciones estructurales o previsiblemente definitivas con el único objetivo de retrasar la adopción de otras medidas más drásticas que objetivamente serían las oportunas. Son varios los factores que durante los últimos tiempos han incrementado el riesgo de ese uso desviado, que puede suponer un importante malbaratamiento de recursos públicos, y por ello resulta criticable que no se haya dado ningún paso en ese sentido. El RPRE 2011 aporta un atisbo de esperanza, porque incorpora diversas previsiones que refuerzan la obligación empresarial de acreditar el alcance meramente coyuntural de la situación de dificultad alegada, la coherencia entre ésta y la duración de las medidas propuestas, así como su comprobación por parte de la Autoridad Laboral en la fase de resolución.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN LA REFORMULACIÓN DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN CONTRACTUAL

Fernando Salinas Molina
Magistrado Sala IV Tribunal Supremo

I.- Introducción: el sustrato económico y de organización empresarial subyacente en el despido objetivo.- La colisión de derechos. II.- Delimitación y calificación de las extinciones contractuales por decisión empresarial: especial referencia al despido (disciplinario, objetivo y colectivo): posible incidencia de las medidas ex Ley 35/2010. II.1.- Acción impugnatoria de despido: generalización: la hasta ahora habitual utilización de la modalidad procesal de despido disciplinario para todo tipo de extinciones contractuales efectuadas a instancia empresarial: consecuencias prácticas: posible incidencia del Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (PLRJS) y de la Ley 35/2010.- Las medidas “abaratadoras” del despido objetivo. II.1.1.- Acción impugnatoria de despido. II.1.2.- Las medidas “abaratadoras” del despido objetivo. II.2.- La delimitación de los tipos de despido (disciplinario, objetivo y colectivo) en la jurisprudencia unificadora. II.2.1.- Delimitación efectuada en litigios sobre anulación judicial de concursos para contratación laboral en el sector público o sobre la no readmisión tras la anulación judicial de un ERE. II.2.2. Delimitación efectuada en litigios sobre sucesión de empresas: contratación temporal sin aceptación de la previa existencia de novación subjetiva contractual con la nueva empresa: ¿debe ejercitarse la acción de despido o una acción declarativa? II.2.3. Delimitación efectuada en litigios sobre fraude en la contratación temporal. III.- Integración o ampliación de los hechos o causas originarios del despido con otros acaecidos en el mismo momento de la entrega de la comunicación escrita o con posterioridad.- ¿Posibilidad de subsanar el despido objetivo defectuosamente efectuado?.- Incidencia de la retractación empresarial. IV.- Reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido: interpretación jurisprudencial del art. 56.2 ET: ¿es aplicable a todo tipo de despido objetivo o solo de tratarse de contratos para el fomento de la contratación indefinida?: la singular previsión en la reforma del mercado de trabajo para el denominado “contrato para el fomento de la contratación indefinida”. V.- Contenido de la Carta de despido objetivo: la suficiencia del contenido sobre “la causa” y su incidencia en el derecho de defensa. VI.- Delimitación entre el despido colectivo y el despido objetivo y su problemática: incidencia del PLRJS. VI.1.- Líneas básicas de la distinción y las derivadas consecuencias prácticas. VI.2.- Cómputo de trabajadores afectados a efectos de aplicar una u otra forma de despido (colectivo u objetivo) por causas económicas: la unidad de cómputo es la empresa y no el centro de trabajo.- Las causas organizativas y su posible extensión para valorarlas al ámbito de la empresa: la STS/IV 24-noviembre-2010. VI.3.- La incidencia de la existencia de grupo de empresas en los despidos objetivos. VI.4.- Órdenes jurisdiccionales competentes para conocer de las incidencias que se plantean en la tramitación y en la resolución de un despido colectivo ex art. 51 ET en materia de vulneración de derechos fundamentales. VI.5.- Posible incidencia del PLRJS: Atribución al orden social del conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo en materia laboral.- Modalidad procesal específica con remisión a la supletoriedad de la LJCA.-

Concordancia con lo establecido en la Disposición adicional 15ª Ley 35/2010. VII.- Despido objetivo ex art. 52.c) ET tras la reforma efectuada por RDL 10/2010 y Ley 35/2010: jurisprudencia unificadora preexistente. VII.1.- Las causas del despido objetivo ex art. 52 c) ET. VII.1.1. La normativa preexistente a la reforma del mercado de trabajo. VII.1.2.- La normativa vigente tras la reforma del mercado de trabajo. VII.2.- Despido objetivo por causas económicas: interrelación entre la jurisprudencia unificadora preexistente y la nueva normativa ex Ley 35/2010. VII.3.- Despido objetivo por causas técnicas, organizativas y productivas.- Análisis conjunto y su reflejo en los supuestos de subcontratación o descentralización productiva, en los de pérdida o renovación de las contrata y en las empresas de servicios.- Interrelación entre la jurisprudencia unificadora preexistente y la nueva normativa ex Ley 35/2010. VII.3.1.- Análisis conjunto y su reflejo en los supuestos de subcontratación o descentralización productiva. VII.3.2.- Despido objetivo por causas técnicas, organizativas o productivas e incidencia de la pérdida total o parcial de la contrata o del supuesto de renovación de la contrata. VII.3.3.- Despido objetivo por causas técnicas, organizativas o productivas y su aplicación en las empresas de servicios. VII.3.4. Despido objetivo por causas técnicas, organizativas o productivas: Interrelación entre la jurisprudencia unificadora preexistente y la nueva normativa ex Ley 35/2010. VIII. Conclusión: la valoración judicial del despido objetivo y el juicio de proporcionalidad: su reflejo en la STS/IV 24-noviembre-2010.

I.- INTRODUCCIÓN: EL SUSTRATO ECONÓMICO Y DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL SUBYACENTE EN EL DESPIDO OBJETIVO.- LA COLISIÓN DE DERECHOS

La jurisprudencia unificadora en materia de despidos objetivos es importante, cuantitativa y cualitativamente, ha experimentando trascendentes variaciones y ha sido objeto de encontradas opiniones doctrinales, dado el substrato económico y organizativo que subyace en tal tipo de decisiones empresariales, en las que entran en colisión o conflicto intereses y derechos contrapuestos, como el de libertad de empresa y el derecho al trabajo, ambos dignos por igual de protección jurídica, con las derivadas dificultades para determinar, en su caso, el interés prevalente en el caso y en las circunstancias concretas y, derivadamente, para delimitarlos con el menor sacrificio y con su necesario sometimiento a un “juicio de proporcionalidad”, como luego se analizará en las conclusiones.

Las normas legales sobre el despido objetivo no siempre alcanzan a definir o delimitar con precisión los presupuestos de garantía de los derechos e intereses en conflicto con el necesario respeto a la lícita finalidad pretendida de difícil tipificación, ni a concretar los hechos necesitados de prueba, quizá en este último caso al unirse a las descripciones legales criterios valorativos y de futuras expectativas empresariales, lo que, en suma, dificulta la aplicación judicial de aquéllas acorde con el principio de seguridad jurídica.

Examinaremos, esquemáticamente, la jurisprudencia unificadora más reciente en las siguientes materias:

a) La delimitación judicial de los tipos de despido (disciplinario, objetivo y colectivo) y la, hasta la fecha, genérica utilización de la modalidad procesal de despido disciplinario a todo tipo de extinciones contractuales efectuadas a instancia empresarial;

b) La problemática de la posibilidad o no de ampliación de las causas del despido objetivo inicialmente aducidas en la comunicación escrita; el tema de la posibilidad de subsanación del despido objetivo; y, desde un punto de vista inverso, la posible incidencia de la retractación empresarial de la decisión extintiva de carácter objetivo atendido el momento en que se produzca;

c) Los temas conexos al reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido disciplinario ex art. 56.2 ET y su cuestionada aplicación a los despidos objetivos, con la singular previsión efectuada en la reforma del mercado de trabajo para el denominado “*contrato para el fomento de la contratación indefinida*”;

d) El contenido de la carta de despido objetivo, la problemática de la suficiencia sobre “*la causa*” y la indefensión del despedido, con las derivadas consecuencias en orden a la calificación de tal despido (nulo o improcedente) y la trascendente modificación introducida en la normativa sobre reforma del mercado de trabajo;

e) La delimitación entre el despido colectivo y el despido objetivo y su problemática, con referencia a la posible incidencia de la distribución jurisdiccional prevista en el Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (BOCG-Congreso Diputados 25-02-2011) (PLRJS); y,

f) Por último, el alcance del control judicial en la valoración de la concurrencia de las distintas causas legalmente establecidas para poder declarar justificados o procedentes los diversos despidos objetivos (⁵⁰⁶).

La referida jurisprudencia unificadora se estudia a la luz de las modificaciones legales que sobre el despido objetivo se han introducido en la denominada reforma del mercado de trabajo, -- primero por el Real Decreto-ley 10/2010, de reformas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 17-06-2010), convalidado mediante Resolución de 22-junio-2010 del Congreso de los Diputados, y luego por la ahora vigente Ley 35/2010 de 17-septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18-09-2010) --, suscitando las oportunas reflexiones sobre la incidencia que tal reforma puede comportar en el cambio o en la matización de la doctrina jurisprudencial hasta ahora existente.

II.- DELIMITACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LAS EXTINCIONES CONTRACTUALES POR DECISIÓN EMPRESARIAL: ESPECIAL REFERENCIA AL DESPIDO (DISCIPLINARIO, OBJETIVO Y COLECTIVO): POSIBLE INCIDENCIA DE LAS MEDIDAS EX LEY 35/2010

⁵⁰⁶ Un análisis de la problemática, entre otros, en de la PUEBLA PINILLA, Ana (“*Despido objetivo*”, Memento Experto, “*Cuadernos para la crisis IV*”, Madrid, 2009); SALINAS MOLINA, F. (“*La tutela jurídica frente al despido: novedades jurisprudenciales en materia de despido disciplinario y objetivo*”, Actum Social, nº 35, págs. 40 a 52).

II.1.- Acción impugnatoria de despido: generalización: la hasta ahora habitual utilización de la modalidad procesal de despido disciplinario para todo tipo de extinciones contractuales efectuadas a instancia empresarial: consecuencias prácticas: posible incidencia del PLRJS y de la Ley 35/2010.- Las medidas “abaratadoras” del despido objetivo

II.1.1.- Acción impugnatoria de despido

La doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia había venido abordado, -- con más detalle del que tuvo oportunidad la jurisprudencia unificadora de la Sala IV del Tribunal Supremo --, la delimitación entre el denominado despido objetivo, el colectivo y el disciplinario, especialmente: a) en los supuestos ajenos a lo disciplinario y en los que no había existido carta de despido (así, despido tácito por cierre empresa o despido verbal alegando falta de trabajo); o b) en los que aun mediando carta y alegándose circunstancias genéricas relacionadas con situaciones de crisis económica o similares, se articulaba como despido disciplinario, incluso acogándose en ocasiones el empresario a las posibles ventajas paralizadoras de los salarios de tramitación que comportaba el reconocimiento de la improcedencia del despido disciplinario ex art. 56.2 ET.

Obsérvese, por otra parte, que en la práctica se ha venido utilizando sin reproches jurisprudenciales la modalidad procesal de despido disciplinario (arts. 102 a 133 LPL), además de en el supuesto legalmente contemplado de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (art. 120 LPL), para conocer de las demandas impugnatorias de las restantes causas extintivas de la relación laboral a instancia del empresario contenidas en el art. 49 ET, lo que incidía en el posible abono de salarios de tramitación y no siempre con respeto a las consecuencias sustantivas de cada tipo de extinción contractual. En este sentido, el PLRJS ha previsto expresamente, al regular la modalidad procesal de despido disciplinario, que *“Las normas del presente Capítulo serán de aplicación a la impugnación de las decisiones empresariales de extinción de contrato con las especialidades necesarias, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 120 y de las consecuencias sustantivas de cada tipo de extinción contractual”* (art. 103.3 PLRJS).

A título de ejemplo, se ha venido utilizando la modalidad procesal de despido disciplinario, entre otros supuestos, cuando:

a) El empresario pretendía extinguir la relación laboral por entender que el trabajador estaba obligado por el Convenio colectivo aplicable a jubilarse a una determinada edad, pero se interpretaba jurisprudencialmente que no procedía la extinción porque la cláusula del correspondiente Convenio que autoriza la jubilación forzosa por edad no cumplía con las exigencias de la disposición adicional 10ª ET en la redacción dada por Ley 14/2005 (entre otras muchas, SSTS/IV 22-diciembre-2008 –rcud 856/07, Sala general, 14-octubre-2009 –rcud 3505/08, 1-febrero-2010 –rcud 1462/2009); comportando, en el caso concreto, las cuestionables consecuencias en orden a la aplicabilidad judicial de las reglas del despido improcedente, entre ellas, la opción entre readmisión o indemnización, la determinación de la titularidad de tal derecho y, en su caso, la obligación de abono de salarios de tramitación; o

b) Cuando se ha pretendido extinguir la relación del trabajador relevista por fallecimiento del trabajador jubilado parcial relevado. Sobre esta cuestión, reviste especial interés la STS/IV 25-febrero-2010 (rcud 1744/2009), en la que se concluye que la muerte de un trabajador empleado a tiempo parcial por causa de jubilación parcial (trabajador relevado o “*sustituido*”) no tiene incidencia en el contrato de relevo suscrito por el trabajador a tiempo parcial ajustado para el desempeño conjunto o compartido del mismo puesto de trabajo (trabajador relevista).

La distinción tenía hasta la fecha una importante eficacia práctica desde el momento en que el incumplimiento de los requisitos de forma en el despido disciplinario comportaba exclusivamente su declaración de improcedencia (arg. ex art. 55.1 y 4 ET) y, en cambio, en el despido objetivo y en el colectivo el incumplimiento de los requisitos formales llevaba aparejada su declaración de nulidad, efectuable incluso de oficio, con la consecuencia de la readmisión obligatoria del trabajador despedido (arg. ex anteriormente vigentes arts. 51.1 y 2, 53.1 y 4 ET, 124 LPL), así como la inaplicabilidad de la regla del pago por el Estado de los salarios de tramitación cuando la sentencia que declaraba la improcedencia del despido se dictaba transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda (art. 57 ET).

Es previsible que la tendencia calificadora y delimitadora cambie en el futuro, lo que demostrará la falta de neutralidad de muchas calificaciones jurídicas al venir condicionadas directamente por el sustrato económico que subyace en las decisiones empresariales extintivas.

Valórese que, -- incluso con la limitación del abono de salarios de tramitación a cargo del Estado --, cuando la antigüedad del trabajador no era muy grande o se enjuiciaban extinciones de contratos temporales no encadenados, la denominada indemnización complementaria por salarios de tramitación solía ser en la practica muy superior a la indemnización básica por extinción contractual en el caso de declaración de improcedencia del despido y ello aunque se aplicara el módulo de los 45 días de salario por año de servicio (art. 56.1.a ET).

Tal consecuencia había venido comportado el que algunos empresarios, -- en vez de encauzar sus decisiones extintivas como despidos objetivos, individuales o plurales --, prefirieran reconocer directamente la improcedencia del despido, aun teniendo que abonar una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, para exonerarse del abono de salarios de tramitación, utilizando la fórmula del reconocimiento empresarial de la improcedencia contemplada en el art. 56.2 ET para los despidos disciplinarios, la que tuvo su origen en la Ley 45/2002 de 12-diciembre con la expresa finalidad de abaratar el despido.

El Legislador de la reforma del mercado de trabajo no quiere reconocer esa realidad, achacando a la confusa jurisprudencia la no utilización empresarial en la práctica de los cauces del despido objetivo, para intentar justificar la nueva redacción que efectúa de sus causas. Así, se afirmaba en el Preámbulo del RDL 10/2010, -- y se reitera en el de la Ley 35/2010 --, que *“La experiencia obtenida en los últimos años ha puesto de manifiesto, particularmente en los dos últimos años, algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción previstas en los arts. 51 y 52 c) del ET ... al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario*

improcedente”, por lo que se ha estimado necesaria “*una nueva redacción de estas causas de extinción que proporcione una mayor certeza tanto a trabajadores y empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial*”.

El aludido “*desplazamiento*”, entiendo, más que a la concreta definición legal de las causas económicas del despido objetivo, se debía al planteamiento económico indicado, para intentar evitar, además, de la declaración judicial de nulidad por motivos formales que comportaba el despido objetivo deficientemente estructurado, el tener que abonar salarios de tramitación, lo que no acontecía cuando se articulaba formalmente el despido por causas objetivas como se tratara de un despido disciplinario.

Cuestión distinta, de índole mas político-económica que estrictamente jurídica, - que ahora no se aborda --, son los planteamientos acerca de si en tiempos de crisis económica deben o no flexibilizarse las causas para las extinciones contractuales por circunstancias objetivas o si que, al igual que se ha efectuado en la regulación del aborto o del divorcio, se inste por determinados sectores empresariales y doctrinales la supresión de las causas del despido objetivo o el que se establezcan unas normas o reglas predeterminadas que no exijan interpretación judicial.

Ahora bien hasta la fecha, si las normas jurídicas establecen unas causas para poder efectuar unilateralmente un determinado tipo de extinción contractual, la constitucional tutela judicial efectiva no permitiría el que judicialmente no pudiera valorarse su concurrencia y su proporcionalidad (derecho al trabajo y libertad de empresa), como debe efectuarse en cualquier otra materia en que concurren derechos, constitucionales o no, contrapuestos, y en la que deben fijarse los posibles límites para determinar el mínimo sacrificio de uno de ellos a favor del otro, cuando proceda.

Obsérvese, además, que el propio Legislador que aprueba los nuevos preceptos sobre las causas del despido objetivo, proclama también en el Preámbulo de la norma sobre reforma urgente del mercado de trabajo (Ley 35/2010), -- el que debe tenerse en cuenta, siquiera sea a efectos interpretativos --, aun con una singular concepción de la “*causalidad*”, que “*en definitiva, se persigue con ello reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo, canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación*”.

II.1.2.- Las medidas “*abaratadoras*” del despido objetivo

En la referida línea de la reducción de los costes del despido objetivo, -- si quiera sea más evidente para el empresario que para el trabajador, al menos para el que disfrute de contrato anterior a la fecha de entrada en vigor de la Reforma, al prever completarse con “*fondos externos*” la indemnización empresarial para intentar que lo que perciba globalmente el despedido no sufra una merma trascendente --, la reforma ex RDL 10/2010 y posterior Ley 35/2010, puede fomentar económicamente la mayor utilización del cauce del despido objetivo sin necesidad de acudir a su formal articulación a través del disciplinario, como se ha indicado.

Así, -- y dejando aparte la incidencia abaratadora que pueda resultar de la flexibilización de la definición de sus concretas causas, a lo que luego se hará referencia --, cabría encuadrar, entre las medidas “*abaratadoras*” directas del despido

objetivo, -- unas independientes del tipo de contrato a extinguir y otras específicas de la modalidad contractual denominada “*contrato para el fomento de la contratación indefinida*” --, las siguientes:

A) De tipo general, la medida de reducción del plazo de preaviso, sustituible por compensación económica, de los anteriores 30 días a los actuales 15 días. Además, con la consecuencia que ni la no concesión del preaviso ni el error excusable en el cálculo de la indemnización (sin perjuicio de la respectiva obligación de su pago en la cuantía correcta) determine la improcedencia del despido, al igual que con anterioridad estos dos concretos tipos de incumplimiento no comportaban tampoco su declaración de nulidad (arg. ex art. 53.1.c y 4.IV y V ET y art. 122.3.II LPL) (⁵⁰⁷);

B) Igualmente de tipo general, la decisión extintiva se calificará judicialmente como improcedente, y ahora ya no como nula, cuando no se hubiesen cumplido los requisitos de forma del despido objetivo (comunicación escrita con expresión de causa; como regla, puesta a disposición indemnización; entrega copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento –STS/IV 18-abril-2007 -4781/2005) (arg. ex art. 53.4.IV ET y art. 123.3.I LPL), lo que es una importante medida reductora de costes dada la ordinaria real dificultad de concretar en las comunicaciones escritas de despido objetivo los datos suficientes para cumplir con los no siempre precisos presupuestos legales;

C) Exclusivamente para el denominado “*contrato para el fomento de la contratación indefinida*”, se reduce la indemnización por despido objetivo improcedente de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades (1260 días, correspondientes a 28 años de antigüedad) a la inferior de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades (720 días, 16 años de antigüedad de haberse conservado para estos contratos los 45 días indemnizatorios por año o 21,8 años de antigüedad partiendo de los actuales 33 días indemnizatorios por año) (“*prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades*”); y, además, con la especificación “*abaratadora*” (prevista expresamente ex art. 56.2 ET hasta ahora exclusivamente para el despido disciplinario, como veremos) de que tal reducción rige no solo cuando la “*extinción sea declarada judicialmente improcedente*”, sino también, en lo que radica la novedad expresa, en el supuesto de que la improcedencia “*reconocida como tal por el*

⁵⁰⁷ Art. 53.1.c) ET: “*c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento*”.

Art. 53.4.IV y V ET: “*La decisión extintiva se considerará improcedente cuando no se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva o cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo*”.- “*No obstante, la no concesión del preaviso o 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 período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan*”.

Art. 122.3 LPL: “*La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el artículo 53.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*”.- “*No obstante, la no concesión del preaviso o 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 período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan*”.

empresario” (Disposición adicional 1º.4.I Ley 12/2001 modificada por art. 3 RDL 10/2010 y posterior Ley 35/2010);

D) En efecto, y también exclusivamente con relación al denominado “*contrato para el fomento de la contratación indefinida*” se ha previsto expresamente que el empresario pueda reconocer directamente la improcedencia de la causa objetiva utilizada para la extinción contractual procediendo conforme a lo dispuesto en el art. 56.2 ET, -- con los derivados beneficios en orden a la paralización de los salarios de tramitación --, y en tal caso el empresario “*deberá depositar en el Juzgado de lo Social la diferencia entre la indemnización ya percibida por el trabajador según el art. 53.1.b) de la misma Ley*” (20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades) “*y la señalada en el párrafo anterior*” (33 días por año de servicio y hasta un máximo de 24 mensualidades) (Disposición adicional 1º.4.I Ley 12/2001 modificada por art. 3 RDL 10/2010 y Ley 35/2010) (⁵⁰⁸);

E) Tratándose de contratos de carácter indefinido, tanto para el denominado “*contrato para el fomento de la contratación indefinida*” como para los contratos ordinarios de carácter indefinido siempre que hayan sido celebrados con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 10/2010 (18-06-2010) y el contrato haya tenido una duración superior a un año, cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa, cuando se produzca su extinción por despido colectivo (bien ex art. 51 ET o ex art. 64 Ley Concursal) o por despido objetivo ex art. 52.c) ET (en principio, parece no distinguir a estos efectos entre la indemnización por despido objetivo procedente de 20 días -- ¿fomento de la ilegalidad? -- y la indemnización por despido objetivo improcedente de 33 o de 45 días, según el tipo de contrato indefinido; ni tampoco se distingue entre despidos procedentes o improcedentes), el FOGASA resarcirá al empresario con una parte de la indemnización que le corresponde al trabajador despedido en cantidad equivalente a 8 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año y sin que sean de aplicación los topes ex art. 33.2 ET; el referido abono resarcitorio se efectuará con carácter transitorio hasta la entrada en vigor del denominado “*Fondo de capitalización*” previsto en la disposición adicional décima y que “*deberá estar operativo a partir de 1 de enero de 2012*” (disposición transitoria 3ª Ley 35/2010).

F) Por último, en una norma que parece protectora del empresario que procede al despido objetivo (de 33 días de indemnización por año en caso de improcedencia) y no al disciplinario (respecto al que se mantiene la indemnización de 45 días por año para la improcedencia) de un trabajador vinculado con un “*contrato para el fomento de la contratación indefinida*”, se establece que “*Cuando el trabajador alegue que la utilización del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria, corresponderá al mismo la carga de la prueba sobre esta cuestión*” (Disposición adicional 1º.4.II Ley 12/2001 modificada por art. 3 RDL 10/2010 y Ley 35/2010), pero, en realidad, no deja de ser una regla que podría

⁵⁰⁸ Suministrando argumentos para la defensa de la tesis de que en caso de improcedencia del despido objetivo ex art. 52.c) ET (declarada judicialmente o reconocida empresarialmente), el FOGASA no debería abonar directamente, cuando procediera, al trabajador los 8 días de salario por año de indemnización, a los que luego nos referimos, pues se afirma que el empresario debe consignar judicialmente la íntegra cantidad indemnizatoria (aunque, en contra, tampoco se ha establecido ni existía expresa exoneración de puesta a disposición íntegra de la indemnización de 20 días por despido objetivo procedente ex art. 53.1.b) ET en relación con art. 33.8 ET).

deducirse de los principios probatorios contenidos en el art. 217 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) o de la regla jurisprudencial de que el fraude no se presume. El PLRJS limita esta regla probatoria al exclusivo ámbito de los contratos para el fomento de la contratación indefinida (art. 121.3 PLRJS).

II.2.- La delimitación de los tipos de despido (disciplinario, objetivo y colectivo) en la jurisprudencia unificadora

La delimitación de los supuestos encuadrables como despidos disciplinarios, objetivos (singulares o plurales) o colectivos, ha tenido acceso a la jurisprudencia unificadora, -- con previsible variación de futuro, al diluirse tras la Reforma del mercado de trabajo las consecuencias de la distinción a efectos de la declaración de nulidad --, la que los ha abordado, más específicamente, al resolver litigios:

a) sobre anulación judicial de concursos para contratación laboral en el sector público o respecto a la no readmisión tras la anulación judicial de un ERE;

b) sobre sucesión de empresas y su incidencia en la sucesión contractual (con la problemática añadida de si la ulterior contratación temporal sin aceptación de la previa novación subjetiva contractual por la nueva empresa obliga a ejercitar una acción de despido o sería suficiente una acción declarativa); o

c) sobre extinciones con pretendido fundamento en la finalización de la temporalidad contractual.

II.2.1.- Delimitación efectuada en litigios sobre anulación judicial de concursos para contratación laboral en el sector público o sobre la no readmisión tras la anulación judicial de un ERE

La STS/IV 28-abril-2009 (rcud 4335/2007), entendió que la decisión de cesar a los trabajadores afectados por la anulación judicial de un concurso para contratación en el sector público se debería haber ajustado a las previsiones de los despidos económicos (despido colectivo o despido objetivo por necesidades de la empresa, según los umbrales numéricos de trabajadores afectados ex art. 51.1 ET) y no a las de los despidos disciplinarios, por lo que, ante la falta de cumplimiento empresarial de los requisitos formales, decretó la nulidad de los despidos, dado que *“en cualquier caso, la Administración empleadora no ha cumplido en los actos de cese ... ni las formalidades del despido colectivo (expediente de regulación de empleo) ni las del despido objetivo por necesidades de la empresa (puesta a disposición de la indemnización de despido); y ... la omisión de una u otra de estas formalidades comporta la calificación de nulidad, de acuerdo con el art. 124 LPL (para el despido colectivo) y el art. 53.4 ET (para el despido objetivo por necesidades de la empresa)”*.

Distinto razonamiento en orden a la calificación del despido parece deducirse de la STS/IV 9-octubre-2009 (rcud 3255/2008), la que, en un supuesto de despido producido como consecuencia de no readmisión tras ser anulada por sentencia del orden contencioso-administrativo firme la resolución administrativa que aprobó el ERE, afirma que la ulterior decisión empresarial constituye un nuevo despido tácito, pero manteniendo la impugnada declaración de improcedencia y no accediendo a la nulidad pretendida, aunque *“hipotéticamente”* parece que deja abierta la reflexión sobre el que pudiera haberse llegado a otra solución como la de nulidad del despido de haberse

alegado expresamente una causa económica (“*Esto podría haber dado lugar a la declaración de nulidad del despido, si se hubiera manifestado de alguna forma esa decisión, pero lo que no cabe es apreciar una causa económica de despido cuando esa causa no ha sido comunicada por la empresa al trabajador*”); es decir, parece partir de que la causa no es económica de no comunicarse así al trabajador y aunque se trataba de un cierre empresarial, se argumentaba que “*no cabe razonar que se ha producido un despido objetivo económico como consecuencia del cierre de la empresa y ello porque la empresaria demandada no ha manifestado ninguna voluntad extintiva en este sentido antes de iniciarse el proceso, ni, por supuesto, ha cumplido los requisitos del art. 53 ET*”.

Mas adelante se analizará la posible repercusión de las previsiones de reparto competencial en esta materia efectuadas en el PLRJS.

II.2.2.- Delimitación efectuada en litigios sobre sucesión de empresas: contratación temporal sin aceptación de la previa existencia de novación subjetiva contractual con la nueva empresa: ¿debe ejercitarse la acción de despido o una acción declarativa?

La jurisprudencia unificadora, con integración de la doctrina emanada de la jurisprudencia comunitaria, ha analizado detalladamente, en su STS/IV 28-abril-2009 (rcud 4614/2007), la problemática de la posible extinción contractual en los supuestos que pudieran configurarse como de sucesión de empresa, diseñando las líneas generales de la doctrina unificadora en esta materia (⁵⁰⁹).

Sobre un trabajador en idéntica situación al enjuiciado en la referida sentencia, al que no se le reconoció por la nueva empresa la existencia de sucesión empresarial y para que continuara prestando servicios en esa nueva empresa se pactó un contrato temporal, se cuestiona si ha existido o no un despido ya que ha continuado realmente servicios para la nueva empresa.

⁵⁰⁹ Se analiza y concluye en orden a la posibilidad de existencia de sucesión de empresa que: a) en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario; y b) si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.

Afirma la existencia de sucesión de empresa ex art. 44 ET en el supuesto enjuiciado, por concurrir los presupuestos antes referidos, partiendo de que la actividad a la que se dedica la empresa - suministro de radiofármacos y servicio de gestión de residuos radioactivos- es una actividad que, aun teniendo en cuenta la enorme relevancia que en toda actividad reviste el elemento personal, no descansa fundamentalmente en la mano de obra, puesto que exige un material e instalaciones importantes, lo que determinaría que la mera asunción por la nueva adjudicataria de la concesión de un número relevante de trabajadores de la anterior, y la continuación de la actividad, no supondría por sí sólo la existencia de sucesión empresarial; destacando que en el caso enjuiciado, sin embargo, además de estos dos elementos concurre un tercero de capital importancia, cual es la transmisión de elementos patrimoniales, consistentes en el local e instrumentos correspondientes para la prestación del servicio, que era propiedad del SAS, así como el stock de fármacos que por pago de amortización adquirió la nueva adjudicataria.

El problema se plantea, de forma quizá cuestionable, en la STS/IV 7-diciembre-2009 (rcud 2686/2008), en la que se afirma la existencia de despido (sin calificarlo de objetivo) cuando no se incorpora directamente el trabajador a la nueva empresa en un caso de sucesión de contratatas si bien fue contratado de nuevo con carácter temporal (⁵¹⁰). Concluyendo que *“la continuidad de la prestación de servicios en la misma empresa no altera la existencia de un despido, si se ha producido un efecto extintivo respecto a la primera relación; efecto cuya impugnación entra en el marco de la garantía de la tutela judicial efectiva, pues la nueva contratación no elimina las consecuencias extintivas, que si no fuesen impugnadas se consolidarían”*. Ahora bien, la sentencia termina, quizá de forma contradictoria, dejando abiertas otras posibilidades, al afirmar que *“Todo ello, sin perjuicio de la acción declarativa que, si no hubiera reacción frente al despido, podría ejercitar el trabajador para reivindicar los efectos de la anterior contratación sobre la nueva”*.

II.2.3.- Delimitación efectuada en litigios sobre fraude en la contratación temporal

Tratándose de los frecuentes supuestos de fraude en la contratación temporal, en los que el empresario normalmente se limita a comunicar el cese al trabajador aludiendo a la finalización del tiempo pactado o de la obra o servicio objeto del contrato, no se suele plantear en casación unificadora, -- dejando aparte la cuestión sustancial del carácter indefinido de la relación por haberse utilizado sin causa las cláusulas de temporalidad --, la problemática de la derivada calificación del despido como disciplinario u objetivo, con la importante consecuencia que, -- hasta la fecha de entrada en vigor de las previsiones de la reforma del mercado de trabajo --, de entenderse como un despido objetivo y ante la evidente falta de cumplimiento de requisitos formales por parte empresarial ello pudiera haber comportado a efectos de su posible declaración de nulidad, y, no obstante, se han venido aplicando las consecuencias como si de despidos disciplinarios consistieran.

En esta línea interpretativa, la STS/IV 9-marzo-2010 (rcud 955/2009) declara como relación laboral de carácter indefinido la derivada formalmente de un contrato eventual por circunstancias de la producción, si el objeto del contrato era atender el

⁵¹⁰ Se advierte que se modifica la doctrina contenida en las SSTs/IV 26-febrero-2003 (rcud 583/2002) y 21-noviembre-2005 (rcud 4070/2004), en las que respecto a ceses en un contrato temporal seguidos de nueva contratación se dijo que *“no estábamos ante un despido, en cuanto éste ‘exige la extinción de la relación y el consiguiente cese en los servicios ... con independencia de que si ‘el cambio en la relación’ perjudica ‘los intereses del afectado’ ‘la reacción adecuada’ no sea plantear una demanda de despido, sino el ejercicio de ‘una acción encaminada a tener por improcedente o inadmisibles esa alteración’”*.

Se argumenta en la citada STS/IV 7-diciembre-2009 para mantener que ha existido despido que *“El efecto extintivo se produce porque, como consecuencia de la garantía de conservación del contrato con subrogación del nuevo empresario que impone el art. 44 ET, el vínculo contractual que existía entre el actor y la empresa GE-H... se mantiene con la única variación de que en la posición de ésta ha entrado IBA M..., produciéndose así una novación subjetiva del contrato de trabajo. Por tanto, la negativa de IBA M... a aceptar ese vínculo contractual es un despido, como ha venido estableciendo esta Sala en numerosas sentencias en las que se ha calificado como despido improcedente la negativa de la empresa cesionaria a incorporar a los trabajadores de la cedente en el marco del art. 44 ET. Entre estas sentencias pueden citarse las de 28 de abril de 2009 (recurso 4614/2007) y 23 de octubre de 2009 (2684/2008)... La nueva contratación no enerva el efecto extintivo, sino que lo confirma; no hay continuidad de la relación laboral, sino nueva relación que excluye a la primera”*.

incremento de la actividad de la empresa por ampliación de su línea de contenedores, por no tratarse de una necesidad transitoria o de un exceso anormal en las necesidades habituales, sino que integra una previsión empresarial de actividad permanente. Argumentándose sobre el presupuesto de eventualidad ex art. 15.1.b) ET que *“la misma ha de entenderse como un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa, que no puede ser atendido con la plantilla actual y que –por su excepcionalidad– tampoco razonablemente aconseja un aumento de personal fijo (STS 20/03/02 –rcud 1676/01); que la «temporalidad de este tipo de contratación es causal y contingente, pues en el proceso productivo o en la prestación de servicios se produce de manera transitoria un desajuste entre los trabajadores vinculados a la empresa y la actividad que deben desarrollar, permitiendo la Ley la posibilidad de acudir a la contratación temporal para superar esa necesidad de una mayor actividad, sin incrementar la plantilla más de lo preciso, evitando el inconveniente de una posterior reducción de la misma si, superada la situación legalmente prevista, se produjera un excedente de mano de obra» (STS 21/04/04 –rcud 1678/03); y que el «contrato eventual está caracterizado por la temporalidad de la causa que lo origina, ... si la causa no es temporal, la relación se convierte en indefinida» (SSTS 17/01/08 –rcud 1176/07; y 15/01/09 –rcud 2302/07)”*.

III.- INTEGRACIÓN O AMPLIACIÓN DE LOS HECHOS O CAUSAS ORIGINARIOS DEL DESPIDO CON OTROS ACAECIDOS EN EL MISMO MOMENTO DE LA ENTREGA DE LA COMUNICACIÓN ESCRITA O CON POSTERIORIDAD.- ¿POSIBILIDAD DE SUBSANAR EL DESPIDO OBJETIVO DEFECTUOSAMENTE EFECTUADO?.- INCIDENCIA DE LA RETRACTACIÓN EMPRESARIAL

Es frecuente en la práctica que tras un alegado despido verbal o tácito se remita por la empresa una carta de despido, o tras una primera carta se envíe posteriormente otra para intentar completar la primera o subsanar el primer despido o alegar nuevas causas, y que en estos supuestos, u otros similares, los trabajadores vayan presentando sucesivas demandas, con carácter cautelar o no, con el riesgo que se produzcan resoluciones contradictorias o paralizaciones o suspensiones de difícil solución.

Por otra parte, -- sin justificación en su Preámbulo y sin que existan razones aparentes para mantener tal distinción con relación al despido disciplinario --, la reforma ex RDL 10/2010, sin modificación por parte de la Ley 35/2010, ha suprimido la posibilidad de subsanar el despido objetivo defectuosamente efectuado, cuya regulación se contenía en el anteriormente vigente art. 53.4 ET (en el que se disponía que *“la posterior observancia por el empresario de los requisitos incumplidos no constituirá, en ningún caso, subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha”*), manteniéndose, sin embargo, tal posibilidad subsanatoria cuando se trata de despido disciplinario, como se regula expresamente en el art. 55.2 ET (⁵¹¹); por lo que sería dable mantener, por remisión, su aplicabilidad.

⁵¹¹ *“Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumplierse los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que sólo surtirá efectos desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador*

Los aludidos supuestos de ulteriores comunicaciones pretendidamente complementarias han sido objeto de interpretación jurisprudencial, constitucional y ordinaria, por sí y en relación con los denominados, doctrinalmente, supuestos de despido reiterado (reiteración de actos análogos o de la propia comunicación), de doble despido por motivos diversos o de nuevo despido vinculado o condicionado al resultado de otro anterior, es decir, un despido cautelar (entre otras, STC 265/2006, SSTS/IV 18-diciembre-2007 –rcud 3775/2006, 16-enero-2009 –rcud 88/2008, 27-febrero-2009 -rcud 1715/2008).

La jurisprudencia unificadora sobre el “*despido cautelar*” o “*despido dentro del despido*”, -- como recuerda la STS/IV 30-marzo-2010 (rcud 2660/2009) --, ha sido sintetizada en la STS/IV 16-enero-2009 (rcud 88/2008), en los siguientes términos: “1) *el despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el art. 49.1.k) ET de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción*’ (STS, pleno, 31-1-2007 rcud 3797/2005 y 12-2-2007 rcud 99/2006); 2) *no obstante, se admite la posibilidad de un segundo despido durante la tramitación de la impugnación de otro anterior ... a partir de la consideración de la falta de firmeza de éste*’ (sentencias de casación ordinaria de 6 de octubre de 1984 y 8 de abril de 1986), *sin perjuicio del efecto extintivo del acto empresarial de despido al margen de su impugnación*’ (STS 8-4-1988, STS 7-12-1990, STS 20-6-2000 rcud 3407/1999, STS 15-11-2002 rcud 1252/2002); 3) *en estos casos de lo que coloquialmente se llama ‘despido dentro del despido’, ha de entenderse que ‘el segundo despido no constituye por sí mismo un reconocimiento o aceptación de la vigencia de la relación que extinguió el primer despido’, sino que se configura como una medida preventiva para el supuesto de que la primera decisión extintiva no gane firmeza*’ (STS 4-2-1991); y 4) *si con posterioridad la primera decisión extintiva gana firmeza el segundo despido pierde incluso esa eficacia puramente cautelar y no puede declararse de nuevo extinguido lo que ya lo está de manera firme ... pero de no ser así el segundo despido puede desplegar una eficacia propia, sin perjuicio de lo que resulte de su impugnación*’ (STS 16-1-2009 rcud 88/2008)”.

Una posible solución para intentar evitar resoluciones contradictorias, podía consistir en introducir específicas reglas de acumulación (de acciones o de procesos) o, en su caso, de reparto de demandas cuando exista más de un Juzgado en la misma circunscripción, consistente en que en los procesos por despido el trabajador pudiera acumular en la demanda la impugnación de los actos empresariales con significación extintiva que le hayan afectado, cuando entre ellos exista conexión directa y en tanto no haya transcurrido el plazo legal de impugnación de los anteriormente producidos.

En esta línea, en el PLRJS se contempla la posibilidad de que “*En procesos por despido el trabajador podrá acumular en la demanda la impugnación de los actos empresariales con efecto extintivo de la relación que le hayan afectado, cuando entre las acciones exista conexión directa y en tanto no haya transcurrido el plazo legal de impugnación de los anteriormente producidos. Con los mismos requisitos se procederá a la asignación en reparto a un mismo Juzgado de las demandas contra dichos actos extintivos, si constaren tales circunstancias, o a la acumulación de procesos que se*

los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social”.

siguieran ante el mismo o distintos Juzgados de acuerdo con las disposiciones de este capítulo” (art. 32.2 PLRJS).

Desde un punto de vista inverso al anterior, se ha planteado y resuelto por la jurisprudencia unificadora la problemática de la incidencia de la retractación empresarial de su decisión de despedir, con aplicación de distinta solución en atención al momento en que se produce, y con especial trascendencia tratándose de despido objetivo de efectuarse durante el período de preaviso.

Se ha negado la eficacia de una posible conducta empresarial retractándose del despido disciplinario una vez efectuado y comunicado al trabajador, -- con doctrina que es dable entender aplicable al despido objetivo --, partiéndose de que la relación laboral se extingue al comunicarse el despido, dada la eficacia constitutiva y extintiva del despido (STS/IV 7-octubre-2009 –rcud 2694/2008, Sala General, seguida, entre otras, por SSTS/IV 11-diciembre-2009 –rcud 660/2009 y 26-abril-2010 –rcud 2785/2009)⁽⁵¹²⁾.

No obstante, la anterior doctrina no es de aplicación, siendo válida la retractación empresarial, cuando la decisión de dejar sin efecto la rescisión del contrato se toma y notifica mientras continúa la prestación de servicios, durante el periodo de preaviso. En este sentido, la STS/IV 7-diciembre-2009 (rcud 210/2009) razona que *“como el contrato permanece vivo mientras el despido no se hace efectivo, momento en el que se extingue y su rehabilitación requiere la voluntad de las dos partes y no de una sola, cabe concluir que la retractación empresarial producida antes de que llegue ese momento es válida y produce como efecto principal el de que el contrato no llegue a extinguirse”* ⁽⁵¹³⁾.

IV.- RECONOCIMIENTO EMPRESARIAL DE LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO: INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ART. 56.2 ET: ¿ES APLICABLE A TODO TIPO DE DESPIDO OBJETIVO O SOLO DE TRATARSE DE CONTRATOS PARA EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA?: LA SINGULAR PREVISIÓN EN LA REFORMA DEL MERCADO DE

⁵¹² La citada jurisprudencia unificadora entiende que *“el trabajador no esté obligado a aceptar la posible retracción de la empresa emitida antes de haberse constituido la relación procesal o de haberse presentado papeleta de conciliación ante el correspondiente organismo administrativo, ni que por tal rectificación unilateral el trabajador se vea privado de su derecho a impetrar la protección jurídica de los órganos jurisdiccionales”* y *“no considera eficaz la retractación del despido, cualquiera que sea su causa y cualesquiera que sean las condiciones en que se ofrezca la readmisión”*, por lo que es ineficaz la retractación empresarial de la decisión unilateral de despedir disciplinariamente que deba aceptarse necesariamente por el trabajador despedido, incluso aunque se efectuare antes de la conciliación extrajudicial, estuviere determinada por un posible error excusable y sustancial y al tiempo que pretendiera reintegrar al trabajador en todos sus derechos.

⁵¹³ Continúa razonando la citada sentencia que *“En apoyo de esta solución puede decirse que el preaviso es simplemente el anuncio previo de que próximamente se va a rescindir el contrato, pero se trata sólo de una advertencia que se hace por exigencia de la Ley para prevenir al otro de algo que se realizará. El contrato no se extingue, por ende, ese día, sino aquél en el que se decide el cese y se liquida, conforme al artículo 49-2 ET. Por otro lado, conviene precisar que el preaviso no constituye una oferta de contrato, un precontrato que se perfecciona por la simple aceptación de la oferta, por cuanto la extinción del contrato se produce por voluntad unilateral del empresario y no por un acuerdo de voluntades”*.

TRABAJO PARA EL DENOMINADO “CONTRATO PARA EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA”

Como se ha adelantado, la reforma ex RDL 10/2010 y Ley 35/2010 suscita la problemática de la aplicabilidad a los despidos objetivos ex art. 52.c) ET de la norma contenida en el art. 56.2 ET prevista inicialmente de forma exclusiva para los despidos disciplinarios (⁵¹⁴); si bien únicamente lo contempla con relación al denominado “contrato para el fomento de la contratación indefinida”, debiendo en tal supuesto el empresario “depositar en el Juzgado de lo Social la diferencia entre la indemnización ya percibida por el trabajador según el art. 53.1.b) de la misma Ley” (20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades) “y la señalada en el párrafo anterior” (33 días por año de servicio y hasta un máximo de 24 mensualidades) (Disposición adicional 1º.4.I Ley 12/2001 modificada por art. 3 RDL 10/2010 y Ley 35/2010) .

No se regula expresamente si la cantidad sustitutiva del periodo de preaviso no disfrutado debe igualmente consignarse, por lo que, aun no teniendo naturaleza indemnizatoria, pudiera quizá plantearse el debate como aconteció en su día jurisprudencialmente con relación a la necesaria consignación de los salarios de tramitación de realizarse la oferta empresarial con posterioridad a la entrega de la comunicación escrita de despido.

La cuestión de la aplicabilidad del art. 56.2 ET al despido objetivo ya se había planteado ante la jurisprudencia unificadora pero, hasta la fecha, no se ha suscitado de forma directa toda la problemática de la posible adecuación del art. 56.2 ET a las particularidades del despido objetivo, a diferencia de la numerosa jurisprudencia existente sobre su aplicabilidad al despido disciplinario.

Así, en un supuesto de despido planteado como objetivo, -- aun sin resolver expresamente sobre la validez de esta opción empresarial ex art. 56.2 ET --, la STS/IV 30-marzo-2010 (rcud 1068/2009) (con doctrina seguida por las SSTs/IV 1-julio-2010 –rcud 3439/2009 y 30-septiembre-2010 –rcud 2268/2009) afirma que “Este cauce especial está previsto en principio para el despido disciplinario y se extendería por remisión (aunque en el presente caso no es imprescindible pronunciarse sobre ello) a las extinciones del contrato por causas objetivas reguladas en el art. 52 ET” y que “La reseña de los preceptos legales directamente implicados en la solución del caso debe tener en cuenta además la remisión efectuada en el art. 53.5 ET, que es la que conecta la regulación de la extinción del contrato de trabajo por causas empresariales con el

⁵¹⁴ El art. 56.2 ET, incluido entre los reguladores del despido disciplinario, establece, con los efectos limitadores de los salarios de tramitación, que “En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior -- Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación --, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste”, que “Cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna” y que “A estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación”.

régimen indemnizatorio del despido improcedente establecido en el art. 56 ET. Dice así el art. 53.5 ET en la parte que nos interesa en este pleito: ‘La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario’.

Con anterioridad, ya se había abordado esta posibilidad de aplicación al despido objetivo, la que no cuestionaban en dicho extremo las partes, en la STS/IV 18-enero-2010 (rcud 2024/2009), relativa a un singular supuesto en el que se exoneró a la empresa del abono de salarios de tramitación, en la que se afirmaba que *“En el presente caso, por más que la empresa no comunicara ‘expresis verbis’ a los trabajadores que reconocía la improcedencia de sus despidos, tal reconocimiento tácito podía deducirse sin duda alguna de la conducta de la empleadora que, tras haber comunicado en un primer momento que los despidos tenían la naturaleza de ‘objetivos’ por lo que les ofrecía como indemnización 20 días de salario por año de servicios (ofrecimiento de pago que acompañó con sendos talones por su importe, con advertencia de que, en caso de no aceptación, se acudiría a la consignación judicial), en el mismo día amplió tales indemnizaciones, a la vez que participaba a los empleados que ‘la empresa ..., en ánimo conciliatorio, está dispuesta a complementar la indemnización por causa de despido objetivo que se acaba de notificar ..., hasta la máxima indemnización legal de 45 días de salario por año trabajado ..., que se entregan en este mismo acto mediante talón adjunto’, acompañando a la comunicación los respectivos cheques por la diferencia entre una y otra de tales sumas. Así pues, los trabajadores tuvieron conocimiento, antes de la conciliación judicial (STS 3-XI-2008 –rec. 3566/07), de qué sumas se les ofrecían y a cuántos días de salario por año trabajado correspondían esas sumas, de tal manera que llegaron a dicho acto de conciliación y subsiguiente juicio conociendo perfectamente cuál era el ofrecimiento de la empresa, ofrecimiento éste que no podía corresponder a la indemnización derivada de un despido objetivo, pues la atinente a éste –primeramente ofrecida- fue rectificadora y aumentada en el mismo día, fijándola en la que la empresa calificó como ‘la máxima indemnización legal de 45 días de salario por año trabajado’, que es claramente la relativa a un despido improcedente’; concluyendo que “como la consignación judicial tuvo lugar –tras el previo ofrecimiento- dentro del plazo legalmente previsto, tal consignación debe producir plenos efectos liberatorios en los términos que se desprenden de los arts. 1176 y 1177 del Código Civil, produciendo asimismo el de exonerar a empresa del pago de salarios de tramitación a tenor del último inciso del segundo párrafo del art. 56.2 del ET”.*

Este precepto estatutario ha dado lugar a múltiples sentencias de unificación doctrinal sobre diversas cuestiones relativas, entre otras, a las que se denominan *“ventajas”* que derivan del ejercicio de tal facultad empresarial. Debe, no obstante, reflexionarse sobre la incidencia que en la aplicación del referido art. 56.2 ET y en su derivada interpretación jurisprudencial y aplicación práctica, puede comportar la cuestionable doctrina establecida por la Sala General en su STS/IV 18-diciembre-2009 (rcud 71/2009, con voto particular), en la que se da respuesta a la problemática de la incidencia del rechazo tácito del trabajador al reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido con la correspondiente oferta indemnizatoria cuando éste formula demanda impugnatoria del despido, con la consecuencia de que tal conducta del trabajador despedido comporta el que el empresario pueda oponerse en juicio defendiendo la procedencia del despido y pueda optar por la readmisión, así como las consecuencias derivadas en orden a la paralización de los salarios de tramitación que

solo acontecería, por tanto, cuando el contenido de la sentencia estimatoria de despido improcedente coincidiera exactamente con la oferta indemnizatoria empresarial.

V.- CONTENIDO DE LA CARTA DE DESPIDO OBJETIVO: LA SUFICIENCIA DEL CONTENIDO SOBRE “LA CAUSA” Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO DE DEFENSA

La jurisprudencia unificadora ha sido, quizá, más flexible en la interpretación del contenido mínimo que para su suficiencia formal debe reunir la carta de despido disciplinario sobre “*los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos*” (art. 55.1 ET) (entre otras, STS/IV 21-mayo-2008 -rcud 528/2007), que cuando ha analizado comunicaciones escritas de configurados como despidos objetivos para llegar a determinar la suficiencia de “*la causa*” que han de contener (art. 53.1 ET).

Es posible que, en el fondo, pudiera subyacer la diferente consecuencia (la improcedencia o la nulidad del despido) en cuanto al incumplimiento de requisitos formales existente, hasta la fecha de entrada en vigor la normativa sobre reforma del mercado de trabajo, entre los despidos disciplinarios y los objetivos.

En este sentido diferenciador, cabe destacar, tanto la STS/IV 16-enero-2009 (rcud 4165/2007 con voto particular), como la STS/IV 30-marzo-2010 (rcud 1068/2009), ésta última, con respecto al despido objetivo por necesidades de la empresa, advierte que “*no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota*”.

La trascendencia de la determinación del contenido mínimo de la comunicación escrita empresarial en la que se procede a un despido con invocación de causas objetivas estriba en la finalidad de evitar la indefensión del trabajador despedido que debe conocer de forma suficiente la “*causa*” del acuerdo empresarial de extinción para poder actuar en condiciones de igualdad en el proceso (arts. 9.2, 14 y 24.1 Constitución –CE).

La jurisprudencia unificadora, en su STS/IV 16-enero-2009 (rcud 4165/2007, con voto particular) no ha abordado, -- por apreciar que faltaba el requisito de contradicción ex art. 217 LPL --, la esencial problemática del contenido de la carta de despido objetivo y la de las frecuentes irregularidades procesales, muchas de ellas generadoras de indefensión, originadas por la integración en los hechos probados de las sentencias del contenido de la carta con otros datos obtenidos de las pruebas periciales conocidas por primera vez en el acto del juicio (⁵¹⁵).

⁵¹⁵ En el Voto particular se concluye, en esencia, que “*a) que la referencia a la ‘causa’ como exigencia formal de la comunicación escrita en el despido objetivo (art. 53.1.a ET) es equivalente a la de los ‘hechos que lo motivan’ en la carta de despido disciplinario (art. 55.1 ET); b) que, tanto en uno como en otro caso, para que pudiera llegar a declararse la procedencia del despido tales datos fácticos que han de tener reflejo en la comunicación escrita deben ser, en su caso, los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la pretensión extintiva empresarial ...; c) que única y exclusivamente los hechos contenidos en la comunicación escrita de despido podrán ser objeto de prueba en el correspondiente juicio, cuya carga de la prueba incumbe, como regla, al empresario, al que, además, no se le admitirán en el juicio otros*

La no expresión detallada o la expresión escueta de la “causa” del despido objetivo en la necesaria comunicación escrita ha comportado para la jurisprudencia unificadora su declaración de nulidad en supuestos en los que el empresario había pretendido acudir al cauce del art. 56.2 ET reconociendo la improcedencia del despido, indicándose que “*La norma legal sanciona con nulidad el defecto en la precisión de la causa, y, por ello, el reconocimiento por parte de la empresa de la dificultad de prueba de dicha causa en ningún caso puede convertir en improcedente el despido*” (entre otras, SSTS/IV 30-marzo-2010 –rcud 1068/2009, 1-julio-2010 –rcud 3439/2009, 30-septiembre-2010 –rcud 2268/2009). Jurisprudencia que, lógicamente, deberá cambiar tras la entrada en vigor de la normativa sobre reforma del mercado de trabajo en orden a la limitación de supuestos de nulidad del despido objetivo.

VI.- DELIMITACIÓN ENTRE EL DESPIDO COLECTIVO Y EL DESPIDO OBJETIVO Y SU PROBLEMÁTICA: POSIBLE INCIDENCIA DEL PLRJS

VI.1.- Líneas básicas de la distinción y las derivadas consecuencias prácticas

Sobre la delimitación entre el despido colectivo y el despido objetivo, la reciente jurisprudencia unificadora a resuelto, entre otros, temas afectantes:

a) al cómputo de trabajadores afectados a efectos de aplicar una u otra forma de despido por causas económicas (colectivo u objetivo) o al ámbito (empresa o centro de trabajo) de valoración de la actuación empresarial en despidos por causas organizativas;

b) a la incidencia de los grupos de empresa; o

c) a los órdenes jurisdiccionales competentes para conocer de las incidencias que se plantean en la tramitación y en la resolución de un despido colectivo ex art. 51 ET en materia de vulneración de derechos fundamentales.

motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido; d) que debe existir interrelación entre los hechos relatados en la carta de despido y, en su caso, con los hechos que resulten como probados en la sentencia, sin que sea dable para justificar el despido adicionar como acreditados datos fácticos trascendentes ajenos o complementarios a los hechos relatados en la carta de despido; e) que la procedencia o improcedencia del despido solo podrá decretarse, tratándose de extinción objetiva, cuando cumplidos los requisitos formales se acredite o no, con reflejo concreto en los hechos probados, la concurrencia de la causa legal indicada específicamente en la comunicación escrita; f) que la comunicación escrita, tanto en el despido objetivo como en el disciplinario, para su validez formal debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan o los que se invocan como constitutivos del despido objetivo para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y que esta finalidad no se cumple cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones o afirmaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador ...”.

Los defectos formales en los despidos colectivos, en especial la falta de autorización administrativa, siguen generando su nulidad, como se refleja legislativamente, entre otros, en los arts. 124 LPL en relación con el art. 113 LPL (⁵¹⁶), los que no han sido afectados por la normativa sobre la reforma del mercado de trabajo.

VI.2.- Cómputo de trabajadores afectados a efectos de aplicar una u otra forma de despido (colectivo u objetivo) por causas económicas: la unidad de cómputo es la empresa y no el centro de trabajo.- Las causas organizativas y su posible extensión para valorarlas al ámbito de la empresa: la STS/IV 24-noviembre-2010

La STS/IV 18-marzo-2009 (rcud 1878/2008) fija el criterio para el cómputo del número de trabajadores afectados, a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido por causas económicas, es decir, si debe acudirse al total de trabajadores que integran la empresa (unidad de cómputo a la que remite el artículo 51.1 del ET), o sólo a los del centro de trabajo afectado (unidad de cómputo utilizada por el art. 1.1 de la Directiva Comunitaria 98/59).

Se concluye que la unidad de cómputo es la empresa y no el centro de trabajo, interpretando que dicho criterio se desprende del art. 51.1 ET, teniendo en cuenta, además, es más favorable que el criterio previsto en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20-julio, teniendo la referida Directiva el carácter de norma mínima mejorable por las legislaciones y normas nacionales a favor de los trabajadores (⁵¹⁷) (⁵¹⁸).

Singular importancia tiene, por otra parte, con relación a las causas organizativas, la STS/IV 24-noviembre-2010 (rcud 3876/2009) dictada en Pleno, la que un supuesto de despido objetivo que pretende fundamentarse en el cierre del concreto centro de trabajo por no renovarse el alquiler del local en que se encontraba ubicado, se

⁵¹⁶ Art. 124 LPL: “El órgano judicial declarará nulo, de oficio o a instancia de parte, el acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del empresario si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa, en los supuestos en que esté legalmente prevista. En tal caso la condena a imponer será la que establece el artículo 113 de esta Ley”.

Art. 113 LPL: “Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir ...”.

⁵¹⁷ Destaca la referida sentencia que “el art. 51.1 ET se refiere de forma inequívoca a la empresa como unidad para el cómputo de los trabajadores afectados, a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido, configurando a la empresa como marco organizativo en el que ha de contabilizarse la plantilla; unidad de cómputo que cumple mejor la función de garantía, como ha señalado la práctica totalidad de la doctrina científica”, que “nuestra norma nacional, que ... establece una regulación procedimental más favorable para los trabajadores, no sólo con respecto a la unidad de referencia física (empresa y no centro de trabajo) para el cómputo de trabajadores afectados, sino también exigiendo a la empresa la justificación de la causa extintiva y la necesidad de la previa autorización administrativa para proceder al despido colectivo (requisitos éstos que no establece la norma comunitaria)”, dejando, no obstante, abierta “la posibilidad de que la aplicación de la Directiva en algún hipotético supuesto, pudiera determinar un efecto no menos favorable que la norma nacional, circunstancia que, en cualquier caso, no enerva lo ya señalado con respecto a que la función de garantía y protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos -a la que se refiere la propia norma comunitaria- la cumple mejor nuestra norma de derecho interno”.

⁵¹⁸ Sobre esta problemática, entre otros, ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio (“El despido objetivo individual: el ámbito de aplicación del artículo 52.c ET y su delimitación causal”, en RL nº 22, noviembre-2009, págs. 19 a 56).

valora la global situación de la empresa y no únicamente la del concreto centro de trabajo, establece que *“si bien no puede negarse que la extinción del arriendo en Sants [argüido para justificar la amortización de los tres puestos de trabajo] resulta del todo independiente de la voluntad empresarial, en todo caso también es incontestable que ... tal circunstancia era previsible [por pactada] y que fue anunciada con tres meses de antelación ...; en la misma forma que se tiene por acreditado que la empresa tiene una numerosa plantilla [15.000 trabajadores ...] y que en las fechas próximas al vencimiento del arriendo efectuó un importante número de nuevas contrataciones para diversos centros de trabajo [el criterio de la accesibilidad probatoria –art. 217 LECiv– obligaba a la empresa a acreditar que tales puestos eran inidóneos para ser cubiertos por el actor], con lo que la falta de ofrecimiento de alguna de esas vacantes o nuevas plazas al trabajador despedido no deja de obedecer ... a estrategia empresarial, y no a imperativos de producción; sobre todo si se tiene en cuenta que el alegato de «dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa», que legalmente representa la «necesidad objetivamente acreditada de amortizar» ex art. 52.c ET, únicamente puede invocarse con eficacia extintiva cuando tales dificultades no se presentan aceptablemente superables por la empresa; y en tal sentido ha de recordarse nuestro criterio respecto de que la decisión extintiva ha de constituir una «medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial» [SSTS 21/03/97 –rcud 3755/96; y 30/09/98 –rec. 4489/97], de forma que «en el primer caso la extinción del contrato por causas objetivas ... sería procedente, mientras que en el segundo sería improcedente» (SSTS 04/10/00 –rcud 4098/99; y 03/10/00 –rcud 651/00)”.*

VI.3.- La incidencia de la existencia de grupo de empresas en los despidos objetivos

Lógicamente, si la empresa que procede al despido objetivo forma parte de un grupo empresarial, tanto a efectos del cómputo de trabajadores afectados como a los de determinación de las circunstancias justificativas del pretendido despido deberá estarse al conjunto del grupo.

Con relación a este último aspecto ha tenido ocasión de declarar la jurisprudencia unificadora en STS/IV 23-enero-2007 (rcud 641/2005) que los supuestos de prestación de trabajo *“indistinta”* o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo nos encontramos ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores, que no pueden diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad; destacando que *“A estas situaciones apuntan lo dispuesto en el art. 1.2. ET, que califica como empresarios a las ‘personas físicas y jurídicas’ y también a las ‘comunidades de bienes’ ‘que reciban la prestación de servicios’ de los trabajadores asalariados”* y que *“La responsabilidad solidaria a efectos laborales, característica no de todos pero sí de determinados grupos de empresas, deriva en estos supuestos particulares de prestaciones de trabajo indistintas e indiferenciadas del hecho de que las empresas o sociedades agrupadas asumen la posición de único empleador”*.

Con la consecuencia, en cuanto ahora nos afecta, de que la falta de acreditación de las causas empresariales (*“económica”* y *“productiva”*) para una de las sociedades del

grupo comporta insuficiencia de la prueba de la existencia de tales causas, aunque se haya probado su concurrencia respecto de la otra sociedad integrante del grupo (⁵¹⁹).

VI.4.- Órdenes jurisdiccionales competentes para conocer de las incidencias que se plantean en la tramitación y en la resolución de un despido colectivo ex art. 51 ET en materia de vulneración de derechos fundamentales

La, hasta la fecha, competencia jurisdiccional del orden contencioso-administrativo relativa al control de los actos administrativos en materia de expedientes de regulación de empleo se extiende, como señala la STS/IV 3-marzo-2009 (rco 101/2006), al conocimiento de las alegadas vulneraciones de derechos fundamentales acaecidas bien en su tramitación o bien en su resolución. Se resuelve que si la violación de un derecho fundamental como, entre otros, el alegado de libertad sindical, se produce en el marco de un expediente de regulación de empleo, bien en su tramitación o bien en su resolución, cuyo control jurisdiccional esté legalmente atribuido al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la tutela jurisdiccional de dicho fundamental derecho incumbe a la referida Jurisdicción (⁵²⁰).

⁵¹⁹ Se razona que “*Las causas empresariales aducidas por Gas M. S.L. probablemente serían suficientes para justificar los despidos de las demandantes, si hubiera sido la única entidad empleadora de la misma. Están acreditadas pérdidas cuantiosas en ejercicios sucesivos en su cuenta de pérdidas y ganancias, y, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, tales números rojos constituyen el supuesto más típico de ‘situaciones económicas negativas’ que enuncia el art. 52.c. ET al referirse a las ‘causas económicas’ (en sentido estricto) de los despidos objetivos por necesidades de la empresa. La incidencia desfavorable de esta causa económica se ve agravada en el caso por la concurrencia simultánea de una ‘causa productiva’, que es la terminación de un contrato de concesión entre la propia entidad Gas M. y R. B. S.A.*”- “*Pero en el supuesto concreto examinado, la acreditación de los hechos anteriores no basta, teniendo en cuenta no ya sólo las relaciones de grupo existentes entre Gas M. S.L. y B. S.L., plenamente demostradas ... , sino también, y sobre todo, el hecho de que las actoras prestaron servicios ‘indistintamente’ para una y otra sociedad. En estos supuestos de prestación de trabajo ‘indistinta’ o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo nos encontramos, como ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo (STS 31 de diciembre de 1991, rec. 688/1990), ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores, que no pueden diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad ...*”.

“*Partiendo de la premisa anterior, es claro que no se han acreditado en el caso de manera suficiente las causas empresariales aducidas. Los hechos probados no dicen nada de la situación económica negativa de B. S.L., que es conjuntamente con Gas M. titular de las relaciones de trabajo de las actoras. Y la causa productiva de rescisión del contrato de concesión de Gas M. por parte de R. B. S.A. no consta tampoco que haya afectado a B. Así las cosas, no se ha demostrado en el despido de las demandantes hoy recurrentes la ‘necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo’ – en concreto, los puestos de trabajo de las actoras – a que se refiere el pasaje inicial del art. 52.c. ET, por lo que los despidos de las mismas se han de calificar como improcedentes*”.

⁵²⁰ Se argumenta que “*En interpretación y aplicación de la normativa orgánica y procesal hasta ahora vigentes, con carácter general, y con relación a cuestiones planteadas sobre la tramitación y conclusión en el ámbito de los expedientes de regulación de empleo, esta Sala ha venido reiteradamente declarando la incompetencia del orden jurisdiccional social ‘tanto para conocer de la impugnación directa de un Acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, posteriormente homologado por una resolución administrativa –STS 21-6-1994– como para decidir sobre la impugnación por parte de un trabajador de las razones de su inclusión en el listado aprobado igualmente por la Autoridad laboral en un expediente de esta naturaleza –STS de 18-1-1999 (recurso 2254/1998) y las que en ella se citan–; y en el mismo sentido se ha pronunciado tanto el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción –Sentencias de 26-12-1988 o 26-6-1996–, como la Sala de Conflictos de Competencia –Auto de 8 de marzo de 1991’. Con la concreta matización, en la que no es dable encuadrar el supuesto ahora enjuiciado, de que ‘si la*

Se critica, en la referida STS/IV 3-marzo-2009, el actual reparto de competencias entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa, denunciado que si bien *“pareció abrirse legalmente la posibilidad de que las cuestiones suscitadas en el ámbito de los expedientes de regulación de empleo fueran objeto de conocimiento del orden jurisdiccional social, puesto que en 1.998 se modificó el art. 3.2 LPL ... No obstante, las previsiones de nuevo reparto competencial en materia de extinciones contractuales y sanciones previsto en la reforma de 1998 (disposición adicional quinta de la Ley 29/1998 de 13-julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, modificada al poco tiempo por Ley 50/1998 de 30-diciembre) siguen incluidas en el actual texto de la LPL, pero sin entrar en vigor a pesar del largo tiempo transcurrido”*. Añadiendo que *“más tarde se han seguido disgregando legalmente las competencias y excluyendo al orden social a favor ahora del orden jurisdiccional civil, pues, entre otros temas originariamente del ámbito de la jurisdicción social, la Ley Concursal asigna con plenitud al orden civil y al juez mercantil del concurso las acciones que tengan por objeto ‘la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado’ (art. 8 Ley Concursal, Ley 22/2003 de 9-julio)”*.

VI.5.- Posible incidencia del PLRJS: Atribución al orden social del conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo en materia laboral.- Modalidad procesal específica con remisión a la supletoriedad de la LJCA.- Concordancia con lo establecido en la Disposición adicional 15ª Ley 35/2010

El PLRJS atribuye al orden social el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo en materia laboral y sindical.

En esta línea inspiradora, la Exposición de Motivos del PLRJS recuerda que *“Otra de las cuestiones de mayor trascendencia en el ámbito laboral, como es la impugnación de los actos administrativos, singulares o plurales, en materia laboral y de seguridad social, y en especial las resoluciones contractuales colectivas por causas objetivas, por lo que por último se especifica su atribución al orden social”*.

En definitiva, el PLRJS pretende, como regla, unificar en la jurisdicción social la totalidad de los litigios sobre materia laboral y sindical, con independencia de que surjan en el marco del contrato de trabajo o a causa del ejercicio de potestades públicas

competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sólo llega, como tradicionalmente se dijo, a los aspectos a los que llegó la resolución administrativa, cuando ésta no contiene el listado de los afectados por la misma, toda cuestión que se refiera a la determinación de los concretos trabajadores quedará fuera del ámbito competencial contencioso-administrativo y pasará a ser competencia del orden social puesto que no se halla incluida dentro de la parcela reservada a la administración; de la misma manera que seguirá siendo competencia de aquel orden judicial propio de la administración la discusión que afecte a todas las materias incluidas en su decisión’ (entre otras, SSTS/IV 17-marzo-1999 -recurso 2240/1998, 5-junio-1999 –recurso 2237/1998, 12-julio-1999 -recurso 4475/1998, 13-julio-1999 -recurso 4417/1998, 15-julio-1999 -recurso 4418/1998, 19-julio-1999 -recurso 4416/1998, 20-julio-1999 -recurso 4459/1998, 23-julio-1999 –recurso 4139/1998, 28-julio-1999 –recurso 4474/1998, 30-septiembre-1999 -recurso 4811/1998, 28-septiembre-1999 –recurso 4471/1998, 5-octubre-1999 -recurso 4140/1998)”.

de policía laboral; efectuando, a favor del orden social, una importante asignación competencial del materias que venían correspondiendo al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Con tal fin, establece el art. 2.n) PLRJS que el orden jurisdiccional social conocerá *“En impugnación de resoluciones administrativas de la Autoridad laboral en procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional”*.

En materia sancionadora se logra la unificación competencial sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cuando se trata de infracciones por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales; y en lo relativo a la impugnación de las resoluciones administrativas en materia de expedientes de suspensiones, reducciones de jornada o regulación de empleo, se logrará una significativa mayor celeridad en la resolución y una mayor coordinación en la decisión de las cuestiones conexas.

Esta última previsión es concordante con la establecida expresamente en la Disposición adicional 15ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18-09-2010) ⁽⁵²¹⁾.

Se excluyen del conocimiento del orden jurisdiccional social, por corresponder al orden contencioso-administrativo, *“la impugnación directa de disposiciones generales de rango inferior a la Ley y Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación, aun en las materias laborales, sindicales o de Seguridad Social enumeradas en el artículo anterior”* (art. 3.a PLRJS).

Se debe tener en cuenta que, sin perjuicio de distintas remisiones (medidas cautelares, proceso declarativo, ejecución), con carácter general se establece el carácter supletorio de la LJCA, señalando que *“En lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria... en los supuestos de impugnación de los actos administrativos cuya competencia corresponda al orden social, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso laboral y en cuanto sean compatibles con sus principios”* (Disposición final 1ª PLRJS).

⁵²¹ Disposición adicional decimoquinta Ley 35/2010: *“Jurisdicción social.- En el plazo de 6 meses el Gobierno aprobará un proyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que contemple la atribución al orden jurisdiccional social, entre otras cuestiones, de los recursos contra las resoluciones administrativas de la Autoridad laboral en los procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores”*.

En las cuestiones relativas a la impugnación de actos administrativos en materia laboral y sindical se realiza la distribución competencial siguiendo los principios del proceso laboral (atribución general de competencias al Juez social de instancia, salvo excepciones); y con respeto de las competencias de órganos administrativos autonómicos se articulan para que la impugnación de sus actos concluya, salvo recursos extraordinarios (casación), ante el TSJ de la correspondiente CC.AA.. Esta distribución competencial de efectúa teniendo en cuenta que en el ámbito social no existen Juzgados Centrales de lo social y que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional únicamente conoce de litigios como órgano de instancia.

Se crea una modalidad procesal específica para impugnación de actos administrativos, con remisión a la supletoriedad de la LJCA (en especial, arts. 6 a 11, 151 y 152 PLRJS).

VII.- DESPIDO OBJETIVO EX ART. 52.c) ET TRAS LA REFORMA EFECTUADA POR RDL 10/2010 y LEY 35/2010: JURISPRUDENCIA UNIFICADORA PREEXISTENTE

VII.1.- Las causas del despido objetivo ex art. 52.c) ET

VII.1.1.- La normativa preexistente a la reforma del mercado de trabajo

El hasta ahora vigente art. 52.c) ET, regulador de la “*extinción del contrato por causas objetivas*”, disponía que, entre otras causas, el contrato podrá extinguirse “*Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos*”.

En definitiva, la delimitación de los términos contenidos en la norma estatutaria ha venido determinando y condicionando la interpretación jurisprudencial de las causas del despido objetivo, individual o plural; e incluso con matices distintos al utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa con respecto al “*despido colectivo*” ex art. 51 ET, al no coincidir plenamente la redacción de ambos preceptos estatutarios. En efecto, la interpretación jurisprudencial unificadora se ha centrado, esencialmente, en cuestiones como:

a) La exigibilidad de la existencia de la “*necesidad objetivamente acreditada*” de “*amortizar*” puestos de trabajo, de aplicación común a todos los supuestos de despido objetivo y delimitador de los extremos a acreditar, siendo la carga probatoria empresarial;

b) La remisión genérica, común a todos ellos, a “*las causas previstas en el artículo 51 de esta Ley*” y, como criterio de delimitación, que lo fuere “*en número inferior al establecido en el mismo*”;

c) La fijación de la finalidad de “*contribuir a la superación*” [“*de situaciones económicas negativas*”] como criterio específico del despido objetivo económico, que, en consecuencia, como remarcó la jurisprudencia, requería la presencia real y actual de “*situaciones económicas negativas*”;

d) El establecimiento como finalidad, la de “*superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa*” para los restantes despidos objetivos, --dejando parte los económicos --, es decir para los fundados en causas técnicas, organizativas o de producción, con la especificación conjunta para todos estos últimos de que los impedimentos o dificultades al buen funcionamiento de la empresa que tenían que ser superados tuvieran su origen ya “*por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos*”.

Recuérdese, por otra parte, que el antiguo art. 51.1 ET (despido colectivo), sin definir las diferentes causas, establecía, como exigible finalidad de la decisión empresarial extintiva (quizá de forma más rigurosa que la contemplada en el art. 52.c ET), que “*Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos*”.

VII.1.2.- La normativa vigente tras la reforma del mercado de trabajo

La reforma ex RDL 10/2010 y posterior Ley 35/2010, como se ha adelantado, pretende justificar en su Preámbulo la necesidad de la nueva redacción que efectúa de las causas del despido objetivo, afirmando que tiende a proporcionar “*una mayor certeza tanto a trabajadores y a empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial*”, que “*... se mantiene intacto el derecho de los trabajadores a la tutela judicial efectiva en esta materia ...*”, así como que “*se persigue ... reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo, canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación*”.

El nuevo art. 52.c) ET preceptúa que el contrato podrá extinguirse “*c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo*”, -- manteniendo la garantía de que “*Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en el supuesto al que se refiere este apartado*” --, y remitiéndose ya sin adiciones terminológicas y directamente a las nuevas definiciones contenidas en el ahora reformado en este extremo art. 51.1 ET (despido colectivo) y suprimiendo la referencia, por tanto, a la “*necesidad objetivamente acreditada*” que era de aplicación común a todos los supuestos de despido objetivo ex antiguo art. 52.c) ET.

Las causas técnicas, organizativas y productivas, se definen ahora legislativamente por primera vez en el nuevo art. 51.1 ET, siguiendo, en lo esencial, las líneas marcadas por la jurisprudencia unificadora en su STS/IV 14-junio-1996 (rcud 3099/1995).

En definitiva, el nuevo art. 52.c) ET se convierte en una norma de mera remisión sin adiciones a las causas objetivas definidas en el reformado art. 51.1 ET ex Ley 35/2010, por lo que ambos preceptos en este extremo deberán tener una interpretación uniforme, dependiendo únicamente la aplicación del cauce del despido colectivo o del despido objetivo singular o plural del número de trabajadores afectados, superior en el primer caso que en el segundo.

Por su parte el nuevo art. 51.1 ET, en cuanto a la definición de las causas de extinción del contrato (económicas, técnicas, organizativas o productivas), cabe sistematizar que distingue y afirma que “*se entiende*” concurren:

A) Las causas económicas “*cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa*”, sin especificación temporal (⁵²²) y adicionándose, a presumible modo de enumeración no cerrada de supuestos, que “*en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos*” (por lo que con la adición ejemplificativa efectuada se flexibiliza el clásico concepto de “*situación económica negativa*”, pues puede haber situación negativa sin pérdidas reales y actuales, así en los ejemplificados casos de pérdidas previstas o de disminución persistente de ingresos).

Como datos a tener en cuenta para valorar la suficiencia de la entidad o trascendencia de la situación económica negativa empresarial, se adiciona en la definición el que tales resultados “*puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo*” (quizá en este concreto extremo de forma más estricta y detallada que en la norma derogada para valorar la suficiencia de la causa, aunque de difícil interrelación en los supuestos de pérdidas previsibles o de disminución persistente de ingresos) – sustituyendo la anterior referencia a “*con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas*” --.

Es muy importante, también, esta precisión cualitativa a los efectos de distinguir los supuestos en los que el empresario estaría legalmente facultado para efectos un

⁵²² Destaca SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a.L. (“Extinción del contrato de trabajo: causas económicas, técnicas, organizativas y productivas”.- *Modificación en el régimen de los despidos objetivos*”, en prensa) que “*el precepto no exige que la situación económica negativa haya afectado a la empresa durante un determinado período de tiempo, pues si bien se había especulado con que se fijaría un período mínimo de situación económica negativa de seis meses, finalmente no se ha establecido período alguno. La razón es que no es posible fijar un determinado lapso temporal, dada la variedad de actividades económicas y la distinta incidencia que en las mismas puede tener una situación económica negativa. Por lo tanto, basta con la existencia de una situación económica negativa de mayor o menor duración. El proyecto de Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos dispone en su artículo 6 que la empresa ha de aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos integradas por balance situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos y memoria de ejercicio o, en su caso cuentas abreviadas e informe de gestión, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la solicitud del procedimiento firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante*”.

despido objetivo económico respecto de los supuestos, de menor entidad sustancial o cualitativa, en los que las “*probadas razones económicas*” únicamente le posibilitarían aplicar una medida menos drástica, en concreto la modificación sustancial de condiciones de trabajo, para lo que la reforma ex art. 41.1.II ET no exige que la situación empresarial pueda “*afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo*”, bastando, con carácter general (común a las modificaciones por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción), con que “*la adopción de las medidas propuestas [modificación sustancial de condiciones de trabajo] contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*”.

En orden a los datos fácticos a acreditar y/o justificar (acreditación y justificación), en su caso, y a la carga de la prueba, la que como en todo caso de despido incumbe a la empresa (arg. ex art. 120 en relación art. 105.1 LPL), se especifica que “*a estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce [mínimamente, se suprime esta exigencia ex RDL 10/2010] la razonabilidad de la decisión extintiva*”, añadiéndose, -- como novedad respecto a la regulación ex RDL 10/2010 y como posible circunstancia atener en cuenta para el juicio de razonabilidad --, que lo es “*para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado*”, lo que parece referirse a “conservar” la posición competitiva que la empresa tenía en el mercado y/o a “mejorar” (término utilizado literalmente para las causas técnicas, organizativas o de producción) la referida posición, lo que no podría lograrse razonablemente de no adoptarse la concreta medida extintiva contractual.

La expresa referencia a la “*posición competitiva en el mercado*” es de muy difícil delimitación y concreción a efectos del control de razonabilidad y proporcionalidad de la medida extintiva adoptada y a su interrelación con otro tipo de medidas distintas que pudieran haberse adoptado con idéntica eficacia por el empresario.

En definitiva, la reforma ex Ley 35/2010 ya no contiene la anterior referencia a “*con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas*”, -- aun interpretando de modo flexible el término “*superación*”, como se había efectuado por la jurisprudencia unificadora, equiparándolo a contribuir a la superación⁵²³) --, y ahora la necesidad de adoptar empresarialmente la medida extintiva se vincula, más generosamente, a la finalidad más amplia de “*preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado*”. “*Preservar*”, conforme al Diccionario RAE significa “*Amparar, favorecer, defender*” o “*Proteger, resguardar anticipadamente a una persona, animal o cosa, de algún daño o peligro*”; por su parte, “*favorecer*” significa

⁵²³ Señala la STS/IV 29-septiembre-2008 (rcud 1659/2007) que con relación al segundo de los elementos [finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada], se interpreta que la exigencia de que la situación negativa tenga necesariamente que superarse para justificar el despido surge de un error de partida, y que la Sala ya ha señalado que no se trata de que la medida extintiva garantice la efectiva superación de la crisis, sino que basta que pueda contribuir a ella. Afirma que la expresión “*superar*” que, según el Diccionario de la Lengua, significa “*vencer obstáculos o dificultades*”, no puede entenderse en sentido literal, sino que hay que admitir que de lo que se trata es de adoptar las medidas de ajuste -terminación de la actividad, reducción de la plantilla- que se correspondan con las necesidades económicas de la empresa. El ajuste como corrección de la crisis y adecuación a la coyuntura creada por ella debe entrar en el significado del término legal de superación.

“Apoyar un intento, empresa u opinión”; por lo que, en realidad, el significado de uno y otro término guarda evidente similitud, aunque, quizá, preservar cabe vincularlo más a la idea de conservar y favorecer más a la idea de mejorar.

Por otra parte, debe existir una conexión entre la medida extintiva y la finalidad que se le asigna, la que debe ser también valorada y ponderada judicialmente, aplicando el principio de proporcionalidad y con criterios de razonabilidad (“razonable”, conforme al DRAE es lo “Arreglado, justo, conforme a razón”); que es, como veremos, lo que en definitiva se veía entendiendo últimamente por la jurisprudencia unificadora (“Lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido,” argumento ex STS/IV 29-septiembre-2008 - rcud 1659/2007) (⁵²⁴).

B) Las causas técnicas, entendiéndose que, a efectos de la justificación de la decisión extintiva empresarial, concurren “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción” (cambios que decide el empresario con carácter previo a la extinción contractual);

C) Las causas organizativas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal” (cambios que, asimismo, decide el empresario con carácter previo a la extinción contractual); y

D) Las causas productivas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado” (cambios que, a diferencia de los anteriores, le pueden venir impuestos externamente al empresario con carácter previo a su decisión de extinción contractual, lo que acerca esta causa productiva a la causa económica).

Como destaca la doctrina, el elemento estructural o fáctico de estas tres causas es que se hayan producido “cambios” en alguno de esos tres ámbitos (⁵²⁵).

⁵²⁴ Destaca la citada STS/IV que con respecto a tercero de los elementos mencionados, la conexión funcional o instrumental entre la medida extintiva adoptada y el objetivo de hacer frente a la situación económica negativa, logrando un nuevo equilibrio que permita reducir las pérdidas o recuperar los beneficios, se matiza la jurisprudencia precedente que partía, como regla, de que “cuando se acreditan pérdidas relevantes los despidos pueden tener un principio de justificación”. La matización se efectúa en el sentido de que si bien “con carácter general es cierto que la reducción de los costes de personal contribuyen a reducir las pérdidas de una empresa. Pero esta conexión no es automática; no establece una relación directa entre el nivel de las pérdidas y el número de los despidos y tampoco puede verse como una presunción que desplace al trabajador despedido la carga de acreditar los hechos de los que pueda derivarse la falta de conexión entre la medida extintiva y el objetivo que ésta debe perseguir. Por ello, ni se puede presumir que la empresa por el solo hecho de tener pérdidas en su cuenta de resultados pueda prescindir libremente de todos o de alguno de sus trabajadores, ni tampoco se le puede exigir la prueba de un hecho futuro, que, en cuanto tal, no susceptible de ser acreditado, como sería el demostrar la contribución que la medida de despido pueda tener en relación con la situación económica negativa de la empresa”, en definitiva, -- como ya se ha adelantado --, que “Lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido”.

⁵²⁵ ALARCÓN CARACUEL, M.R. (“Las reformas relativas a la extinción del contrato de trabajo”, en prensa).

Estableciendo, con carácter común o conjunto (sin distinción entre ellas) para las causas técnicas, organizativas y productivas, [-- al igual como, hemos visto, específicamente se efectúa para las causas económicas respecto a su acreditación de la causa, por una parte, y respeto, por otra, a la justificación, de que de los resultados económicos acreditados “*se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado*” (acreditación y justificación) --], que “*A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce [mínimamente se suprime esta exigencia ex RDL 10/2010] la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación 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*”.

No se utiliza, a diferencia de lo que se efectúa respecto a las causas económicas, el término “*preservar*” (conservar) “*su posición competitiva en el mercado*”, y únicamente se emplean los de “*prevenir*” o “*mejorar*” (a diferencia del texto antiguo, en el que se hacía referencia a “*superar*” y a “*dificultades*”).

Esa finalidad a que debe responder la medida extintiva para las causas técnicas, organizativas y productivas se describe, como se ha indicado, haciéndose referencia a “*para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación 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*”. La redacción es prácticamente análoga (se adiciona el término “*perspectivas*”) a las que por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, pueden justificara la adopción de modificaciones sustanciales el as condiciones de trabajo, conforme al nuevo art. 41.1.II ET, en el que se dispone que concurren tales causas cuando “*la adopción de las medidas propuestas [modificación sustancial de condiciones de trabajo] contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*”, lo que hace más difícil la graduación y valoración de la decisión empresarial en orden a las medidas extintivas o modificativas a adoptar.

Como se ha destacado y criticado doctrinalmente, si el propósito de la reforma era evitar que se acudiera al despido objetivo cuando podría bastar con adoptar modificaciones sustanciales, lo lógico hubiera sido acentuar los perfiles de esa graduación, pareciendo que se ha hecho más bien lo contrario, llegando a afirmarse que “*de tal manera que el empresario podrá poner en marcha uno u otro mecanismo de adaptación a la demanda o a la mejora de su posición competitiva en el mercado a su libre albedrío sin que exista – al menos, a nivel legal – una clara indicación en el sentido de que los despidos deban ser la ‘ultima ratio’ o la última opción, dado que es la más perjudicial para los trabajadores y que, por ende, solamente debería ser utilizable cuando otras vías no sean posibles o adecuadas*” (⁵²⁶).

⁵²⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R. (“*Las medidas de flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010*”, en prensa).

El término “prevenir”, conforme al Diccionario RAE, significa “Preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin” o “Disponer con anticipación, prepararse de antemano para algo”; y “mejorar” comporta “Ponerse en lugar o grado ventajoso respecto del que antes se tenía”.

La flexibilidad normativa presumiblemente dificultará el control judicial de la razonabilidad de la decisión extintiva con relación a estas tres últimas causas de extinción objetivas.

La reforma ex RDL 10/2010 y posterior Ley 35/2010 ha suprimido, por tanto, la adición que se contenía en el ahora derogado art. 52.c) ET, no incluida en el precedente art. 51 ET, respecto a que “*el empresario acreditará la decisión extintiva ... en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa...*”.

Debe remarcarse que, en ninguno de los supuestos analizados, la Ley 35/2010 interrelaciona de forma expresa las medidas extintivas por causas objetivas reguladas en los arts. 51 y 52.c) ET, con aquellas otras que proclama, en el Preámbulo, como facilitadoras del “*ajuste de la empresa a las necesidades cambiantes del mercado*” y que desarrolla normativamente bajo el epígrafe de “*medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas y para fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo*” (modificando con tal fin los arts. 40 y 41 ET), pero tales medidas menos drásticas, al igual que otras similares (recolocación de trabajadores en otros centros de trabajo de la propia empresa, modificaciones sustanciales incluyendo expresamente la distribución del tiempo de trabajo, descuelgue salarial ex art. 82 ET, etc.), se deberán tener en cuenta judicialmente en aplicación del juicio de proporcionalidad y el criterio de razonabilidad, como entre otras, ha posibilitado también la STS/IV 29-noviembre-2010, a la que luego nos referiremos (⁵²⁷).

⁵²⁷ Analiza ALARCÓN CARACUEL, M.R. (“Las reformas ...”, en prensa), destacando que “*De todas maneras, incluso definiéndolas solamente en clave funcional, implícitamente el artículo 52 antiguo identificaba genéricamente las causas técnicas, organizativas o de producción como ‘dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa’ (que son las que –y ésta es la perspectiva funcional- los despidos tienen que contribuir a superar). Es decir, no hablaba de ‘cambios,’ como se hace ahora, sino de ‘dificultades, lo cual es una cosa muy distinta puesto que los cambios pueden ser positivos, entre otras cosas porque quien los decide (al menos, cuando son cambios técnicos u organizativos; no así cuando son cambios productivos, es decir, de la demanda) es el propio empresario, con la finalidad, precisamente, de mejorar la eficiencia de su organización empresarial. Por eso, partiendo de que el antiguo texto legal hablaba de dificultades, la jurisprudencia del TS ha sido bastante exigente a la hora de aceptar la concurrencia de esas causas. Así, ha afirmado que las dificultades equivalen a problemas de gestión o pérdida de eficiencia en una u otra de las áreas en que la empresa desarrolla su actividad, que han de ser perceptibles y no meramente hipotéticas: STS 23-1-08 (R. 1575/07), FD 2, siguiendo a otras: 10-5-06 (R. 725/05), 11-10-06 (R. 3148/04). Porque si de lo que se trata es de una iniciativa anticipatoria del empresario, cabrán otras medidas reorganizativas pero no extinción de contratos: STS 17-05-05 (R. 2363/04). Probablemente esta jurisprudencia no sobreviva a la nueva dicción del artículo 52,c), por remisión al 51.1, donde el término dificultades ha desaparecido por completo. En cualquier caso, la misma sentencia últimamente citada precisaba que tampoco es necesario que las dificultades sean de tal entidad que pongan en peligro la viabilidad futura de la empresa. Pero, desde luego, y de forma paralela a lo que se decía de la situación económica negativa, esas dificultades, según las sentencias citadas, tenían que existir realmente y no ser meramente hipotéticas”.*

VII.2.- Despido objetivo por causas económicas: interrelación entre la jurisprudencia unificadora preexistente y la nueva normativa ex Ley 35/2010

En este sintetizado recorrido sobre la más reciente doctrina jurisprudencial unificadora en materia de despido objetivo, cabe hacer referencia a las particularidades del denominado despido objetivo económico; poniéndola en relación con el nuevo concepto de tal causa extintiva efectuado por la Ley 35/2010.

Hasta ahora, como sintetiza la STS/IV 27-abril-2010 (rcud 1234/2009), los criterios sentados por la jurisprudencia unificadora en orden a la justificación – procedencia – de los despidos objetivos por causas económicas eran los siguientes:

“a).- Cuando se acreditan pérdidas relevantes, los despidos pueden tener un principio de justificación, pues «tal medida reduce directamente los costes de funcionamiento de la empresa, aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa» (SSTS 17/04/96 –rcud 3099/95; 29/05/01 –rcud 2022/00; 30/09/02 –rcud 3828/01; y 29/09/08 –rcud 1659/07).

b).- «Si estas pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio salvo prueba en contrario ... que la amortización de puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de dicha situación económica negativa», porque la amortización de puestos de trabajo sobrantes comporta una disminución automática de la partida de costes de personal, que contribuye directamente por sí misma a aliviar la cuenta de resultados (SSTS 24/04/96 –rcud 1205/03; 15/10/03 –rcud 1205/03; 30/09/02 –rcud 3828/01; y 29/09/08 –rcud 1659/07).

c).- Pero es exigible acreditar la conexión entre la extinción del contrato y la superación de la crisis en términos de adecuada razonabilidad, de acuerdo a las reglas de experiencia (SSTS 14/06/96 –rcud 3099/95; y 29/09/08 –rcud 1659/07), porque «ni se puede presumir que la empresa por el solo hecho de tener pérdidas en su cuenta de resultados pueda prescindir libremente de todos o de alguno de sus trabajadores, ni tampoco se le puede exigir la prueba de un hecho futuro, que, en cuanto tal, no susceptible de ser acreditado, como sería el demostrar la contribución que la medida de despido pueda tener en relación con la situación económica negativa de la empresa. Lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido» (STS 29/09/08 –rcud 1659/07).

d).- Para llevar a cabo la amortización no es necesario que la situación económica negativa de la empresa sea irreversible; antes al contrario, lo más propio y característico de estos supuestos es que se trate de situaciones no definitivas, es decir, recuperables, y que precisamente con la adopción de esas medidas extintivas se busca y pretende superar esa situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma (STS 24/04/96 –rcud 3543/95). Y

e).- Dada la redacción del art. 52.c) ET, basta con estimar que la amortización del puesto de trabajo que se acuerde contribuye a solucionar la crisis, para que tal medida se encuentre justificada, sin que sea exigible acreditar que la amortización de

puestos de trabajo constituye por sí sola una solución suficiente, ni que esa solución será definitiva junto a otras medidas (STS 11/06/08 –rcud 730/07)”.

La anteriormente citada STS/IV 29-septiembre-2008 (rcud 1659/2007) analizaba que en el supuesto de despido objetivo económico, su justificación *“tiene que enjuiciarse a partir del análisis de tres elementos: el supuesto de hecho que determina el despido - ‘la situación negativa de la empresa’-, la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada (atender a la necesidad de amortizar un puesto de trabajo con el fin de contribuir a superar una situación económica negativa) y ‘la conexión de funcionalidad o instrumentalidad’ entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna”.*

Adaptando a la nueva normativa sobre el despido objetivo por causas económicas en lo factible a los anteriores presupuestos jurisprudenciales, se debe ahora, tras la reforma del mercado de trabajo, analizar y, en su caso, valorar y controlar judicialmente:

- a) Si concurre una *“situación económica negativa”* [supuesto de hecho que determinada el despido], en sus diversas modalidades (*“en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos”*) que se desprenda *“de los resultados de la empresa”* alegados, cuya carga de la prueba incumbe a la empresa;
- b) Si se ha justificado, además, por la empresa que dichos *“resultados”* ya acreditados por ella tienen entidad o trascendencia suficiente, pues *“puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo”*; y
- c) Si, partiendo de la acreditada *“situación económica negativa”* y de su justificada suficiente trascendencia, la empresa justifica que de ello *“se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva”* [conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna] en orden a *“preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”* [finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada].

VII.3.- Despido objetivo por causas técnicas, organizativas y productivas.- Análisis conjunto y su reflejo en los supuestos de subcontratación o descentralización productiva, en los de pérdida o renovación de las contrataciones y en las empresas de servicios.- Interrelación entre la jurisprudencia unificadora preexistente y la nueva normativa ex Ley 35/2010

VII.3.1.- Análisis conjunto y su reflejo en los supuestos de subcontratación o descentralización productiva

Más enfrentadas han sido las posturas doctrinales en orden a la interpretación jurisprudencial unificadora que se ha venido efectuando de las causas técnicas, organizativas y productivas y su suficiencia en orden a justificar un despido objetivo.

La solución que venía siendo dada por la jurisprudencia unificadora en interpretación de la expresión legal "*dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa*" (contenida en el antiguo art. 52.c ET) en los supuestos de subcontratación o "*externalización*" o de descentralización productiva, en los que con mayor frecuencia se había planteado, ha sido objeto de duras críticas doctrinales, tanto por afirmarse haberse apreciando con una flexibilidad extrema la concurrencia del requisito o presupuesto de contradicción de sentencias necesario para viabilizar el recurso de casación unificadora, como por sus tesis sobre la carga de la prueba, o por entenderse que el criterio seguido en orden a los límites del control judicial de la decisión empresarial sustituyéndolo por el estándar de conducta del "*buen comerciante*" no se ajustaba a la legalidad, la que exigía expresamente comprobar la necesidad de la medida (⁵²⁸).

Otro sector doctrinal, por el contrario, era partidario de la laxitud o debilidad del control judicial sobre las causas de este tipo de despido objetivo, argumentando que el órgano judicial no debe marginar la mera conveniencia empresarial cuando trata de asegurar una mejora de la gestión y funcionamiento de la empresa, afirmando que "*se ha dicho que la legislación de despido es un factor de racionalización de la gestión de la empresa, a ello debe responder también el control judicial, que ha de verificar la razonabilidad de la decisión empresarial, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, de la experiencia o de la normalidad técnico organizativa, conforme al modelo tradicional del 'buen empresario', teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe, no sólo como límite sino como parámetro del ejercicio del poder de despido, instrumento para enfrentarse con las vicisitudes de la marcha de la empresa y lograr la consecución del fin económico-productivo*" (⁵²⁹). Pareciendo que este criterio doctrinal es el más próximo a lo posteriormente reflejado en la actual normativa sobre la reforma del mercado de trabajo.

La hasta ahora última línea interpretativa jurisprudencial, respecto del despido objetivo por causas técnicas, organizativas y productivas, se inicia fundamentalmente en la SSTS/IV 10-mayo-2006 (rcud 725/2005) y 31-mayo-2006 (rcud 49/2005 con voto particular), relativas a un despido objetivo por causas organizativas y productivas y en interpretación de la expresión legal "*dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa*" en un supuesto de subcontratación o "*externalización*" del transporte y reparto de los productos o mercancías de la empresa (bienes de consumo: licores y bebidas). En interpretación del término "*dificultades*" se afirma que "*a partir de la modificación del art. 52.c. ET establecida en la Ley 63/1997, las 'dificultades' que justifican la modalidad de despido descrita en el mismo no necesitan ser de tal entidad que pongan en peligro la viabilidad futura de la empresa o del empleo en la misma. Basta, como se dice literalmente en la redacción actual del precepto, con que 'impidan' su 'buen funcionamiento'*", por lo que, en definitiva, conforme a dicha jurisprudencia, la

⁵²⁸ Especialmente, ALFONSO MELLADO, Carlos L. ("*Despido objetivo por descentralización productiva – A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009*", en RDS nº 46-2009, págs. 153 a 164).

⁵²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel ("*Control judicial y despido*", RL nº 10-mayo 2010, págs. 1 a 10).

simple mejora de la “*eficiencia en el uso de los medios o recursos de la organización empresarial*” justifica el despido objetivo.

Por otra parte, las referidas sentencias con respecto al alcance del control jurisdiccional en los despidos económicos o juicio de adecuación o conexión de funcionalidad en los supuestos de amortización de puesto de trabajo derivado de subcontratación de actividades, afirman que 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 tales medidas (en nuestro caso, la decisión de subcontratación que ha originado la amortización del puesto de trabajo de la actora y la extinción de su contrato de trabajo) es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de conducta del “*buen comerciante*”; en suma, determinar si se trata de una conducta razonable o plausible, que entra dentro de las líneas posibles de actuación del buen comerciante en una coyuntura similar a la de la empresa demandada.

En el voto particular referido se parte, por el contrario, de que el art. 52.c) ET determina la exigencia de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, de que la mera mejora de la eficiencia de la empresa no es suficiente para justificar el despido objetivo (⁵³⁰).

Como a destacado un sector doctrinal a la vista de las referidas sentencias y del voto particular, en la oposición entre “*necesidad*” y “*conveniencia*” estaba la clave que explicaba el conflicto entre las distintas interpretaciones de la norma y revelaba además un enfrentamiento más profundo en las concepciones de la empresa y del contrato de trabajo, del derecho al trabajo y la libertad de empresa (⁵³¹).

Esta doctrina se reitera en la más reciente STS/IV 2-marzo-2009 (rcud 1605/2008), en un despido por causas objetivas (organizativas) efectuado por un centro hospitalario que subcontrata las tareas de lavandería con una empresa externa y despide a los trabajadores propios que realizaban el servicio, en locales inadecuados y sin licencia. Se afirma que la sentencia recurrida impuso un requisito que la Ley no impone, para la procedencia de la medida empresarial de externalizar el servicio y prescindir del propio, en concreto la exigencia de actuaciones administrativas que requieran a la empresa el cese de las actuaciones en la forma que las venía realizando. Destaca que las dificultades que justifican la referida modalidad de despido no necesitan ser de tal

⁵³⁰ Argumentándose que “*la palabra necesidad no puede desligarse de la medida adoptada, lo que ha de suponer que en el análisis del concepto normativo a que ahora nos referiremos de dificultades se tenga presente ese concepto, totalmente contrapuesto al de mera conveniencia organizativa o de producción de la empresa*” y que “*la necesidad de amortización ha de vincularse con una situación de dificultad en la empresa, y no cualquier dificultad, sino aquella o aquellas que sean de tal entidad que impidan su buen funcionamiento. Por tanto, en supuesto como el presente en el que no hay rastro de mal funcionamiento de la empresa ... no cabe calificar la situación existente de dificultades que permitan adoptar la decisión extintiva con amparo en el precepto*”, concluyendo que “*Por eso, la exteriorización del servicio con los efectos beneficiosos que hacia el futuro predice la Inspección de Trabajo y la reducción estimada de costes que se admite en la sentencia de instancia, son en este caso medidas empresariales que probablemente optimizarán lo que está funcionando adecuadamente, aunque ese funcionamiento pueda ser llevado a cabo de manera más eficiente. En suma: no hay dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa ni por ello la medida de exteriorización puede resultar adecuada para objetivar la existencia de la invocada necesidad de amortización del puesto de trabajo del actor*”.

⁵³¹ En este sentido, DESDENTADO BONETE, Aurelio (“*Descentralización productiva y despido*”, en La Ley 19992/2009, 20-octubre-2009, págs. 9 y 10).

entidad que pongan en peligro la viabilidad futura de la empresa o del empleo en la misma, basta con que "impidan" su "buen funcionamiento", refiriendo éste bien a las "exigencias de la demanda", bien a la "posición competitiva en el mercado". Concluyendo que *“En el supuesto presente las dificultades han sido evidentes: desde el año 2000 se sabía del indebido emplazamiento fuera de ordenación de la lavandería en un patio de manzana que aconsejaba una solución, y sin que conste la posibilidad de ubicar el servicio en otro lugar de la propia Clínica. Ante este hecho, es solución idónea la descentralización del servicio, técnica de explotación empresarial cada más extendida y que encuentra su apoyo legal en el art. 42 del ET y 38 de la Constitución. Y, acreditados esos dos extremos, no nos incumbe a los Tribunales de Justicia tratar de hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario”*.

Más flexible, o mas estricta en la aplicación del control judicial respecto a las causas tal como estaban definidas en el momento de los hechos, como ha destacado un sector de la doctrina científica, es la solución contenida en la STS/IV 23-enero-2008 (rcud 1575/2007), en un supuesto de despido objetivo por amortización de puesto de trabajo (art. 52.c ET), se desestima el recurso por falta de acreditación por parte de la empleadora de la necesidad de la amortización (*“no se ha acreditado la existencia de una real necesidad de adoptar la medida para evitar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, bien por exigencias de la demanda o bien por la posición competitiva de dicha empresa en el mercado”*), afirmando que lo único acreditado es que la integración de las redes de distribución implica la reducción de determinados puestos de trabajo, *“de acuerdo con el proyecto empresarial”*, pero sin ningún refrendo que garantice que tal proyecto resulte acorde con la realidad, ni menos aún que, si no se reducen esos puestos, se produzcan las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa. En definitiva aplicando las líneas generales de la misma doctrina jurisprudencial, pero sin hacer referencia a los límites del control judicial ni presumiendo la existencia de *“dificultades”*, llega a una solución distinta (improcedencia del despido) a la adoptada en las dos anteriores referidas sentencias.

VII.3.2.- Despido objetivo por causas técnicas, organizativas o productivas e incidencia de la pérdida total o parcial de la contrata o del supuesto de renovación de la contrata

La jurisprudencia unificadora ha reiterado, en pronunciamientos recientes, su doctrina sobre la procedencia del despido objetivo por causas organizativas en los supuestos de finalización de la contrata y asunción del servicio por la empresa contratante, que lo ejecuta con su propio personal, señalando que la consecuente amortización de los puestos de trabajo es causa justificada del despido (STS/IV 12-diciembre-2008 –rcud 4555/2007, que reitera la doctrina contenida, entre otras, en las SSTS/IV 7-junio-2007 –rcud 191/2006 y 31-enero-2008 –rcud 1719/2007) (⁵³²).

⁵³² Se argumenta en la citada STS/IV 12-diciembre-2008 que *“es también doctrina jurisprudencial reiterada que, respecto de las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores (STS 14-6-1996, rec. 3099/1995; STS 7-6-2007, citada)”* y que *“La reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial ha generado dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal*

Igualmente ha reiterado doctrina unificada (contenida, entre otras, en las SSTS/IV -Sala General de 17 y 18-junio-2008 –rcud 4426/2006 y 1669/2007), la STS/IV 28-abril-2009 (rcud 1419/2008), analizando el carácter y finalidad del contrato temporal para obra determinada, concluye que éste no se extingue cuando la empresa comitente adjudica a la empleadora nuevamente la misma actividad y con el mismo objeto, por lo que en estos supuestos el despido de los trabajadores por finalización de la contrata inicial es improcedente (⁵³³).

Este cambio en la doctrina jurisprudencial posibilitador de la subsistencia del contrato de obra mientras subsista la necesidad empresarial que justificó la contratación, lo considero loable, aunque ha sido objeto de crítica por un sector doctrinal argumentando, en esencia, que fuerza la libertad de contratación empresarial cuando no existe una subrogación legal ex art. 44 ET o convencional y, simultáneamente, impide aplicar el límite legal en el encadenamiento de los contratos temporales en estos supuestos, frustrando la expectativa de estabilidad de los trabajadores y originando una paradójica “*estabilidad precaria*” de los trabajadores por obra o servicio ante sucesión de contratas o concesiones (⁵³⁴).

VII.3.3.- Despido objetivo por causas técnicas, organizativas o productivas y su aplicación en las empresas de servicios

Era quizá uno de los temas más actuales y al tiempo de los más cuestionados de los resueltos en la reciente jurisprudencia unificadora, la que, como regla, mantiene que la finalización de una contrata por causa ajena a la voluntad del empleador (cumplimiento del plazo, cierre del centro o cese de la actividad efectuada por la empresa comitente) justifica el despido objetivo por razones organizativas de los trabajadores adscritos a ella, al provocar “*dificultades que impiden el buen funcionamiento de las mismas*”, lo que determinaba su encaje de forma clara en los supuestos que preveía el antiguo art. 52.c) ET; adicionando además, con rigor, que no impide la amortización de los puestos que ocupaban los trabajadores despedidos la posible existencia de otros puestos vacantes en la empresa, al afirmar que el art. 52.c) ET no impone al empresario la obligación de “*agotar todas las posibilidades de*

reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. Y el ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación”.

⁵³³ Se razona, en esencia, que “*si cuando un tercero sustituye a otro en la explotación de un servicio o concesión y asume parte de la plantilla del anterior adjudicatario de la actividad, se le obliga a contratar a todas las personas que estaban empleadas en ella, más razones en favor de la pervivencia de los contratos laborales, suscritos con el fin de atender las necesidades de determinada contrata, cuando no existe cambio en la titularidad de la actividad económica, sino continuidad de la misma, al haberse adjudicado de nuevo la explotación de esa actividad al mismo contratista*”, concluyéndose que “*por ello, mientras subsista esa necesidad temporal de empleados, mientras la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de este continua, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface*”.

⁵³⁴ En este sentido, LAHERA CORTEZA, Jesús (“*Sucesión de contratas y vigencia de los contratos para obra con la misma empresa contratista: una estabilidad precaria (SSTS 17 y 18 de junio de 2008*”, en RL nº 21, noviembre-2009, págs. 43 a 50).

acomodo del trabajador" en la empresa, ni viene aquél obligado, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado "otro puesto vacante de la misma" (afirmando que "la amortización de plazas por causas ajenas a la voluntad del empleador, constituye causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de que puedan existir en la empresa otros puestos vacantes, determine normalmente la declaración de improcedencia de tal despido").

Sin embargo, mantiene abiertas unas posibles limitaciones o condicionamientos de difícil concreción, cuando señala que esta doctrina es de muy dudosa aplicación en aquellas empresas cuya actividad consiste en la prestación de servicios a otras empresas mediante las correspondientes contrata, toda vez que la finalización o terminación de estas contrata, que normalmente produce la amortización de puestos de trabajo, es una situación que se da habitualmente en la actuación de dichas empresas, por lo que no parece aceptable estimar que esas situaciones constituyen o suponen en estos casos *"dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa"* (entre otras, SSTS/IV 7-junio-2007 –rcud 191/2006 y 16-septiembre-2009 –rcud 2027/2008).

Esta última sentencia (STS/IV 16-septiembre-2009) aborda el supuesto de una empresa de logística cuya contrata se extinguió por decisión de la empresa principal lo que motivó que la empleadora rescindiera los contratos de los trabajadores adscritos a la contrata por causas organizativas y productivas. Se estima el recurso empresarial y se declara la procedencia de los despidos, partiendo, en esencia, de que *"resultan acreditadas las razones organizativas que alegó la empresa, quien no disponía de otros centros de trabajo en Cataluña y además ofertó a los afectados darles ocupación en otros lugares de España, cual consta en la carta de cese, sin que los mismos aceptaran"*.

Se hará luego nueva referencia a la STS/IV 24-noviembre-2010 (rcud 3876/2009), dictada en Sala General.

VII.3.4.- Despido objetivo por causas técnicas, organizativas o productivas: interrelación entre la jurisprudencia unificadora preexistente y la nueva normativa ex Ley 35/2010

Actualmente, como se ha adelantado, en la normativa sobre la reforma del mercado de trabajo se ha suprimido la referencia que se hacía en el art. 52.c ET respecto a que *"el empresario acreditará la decisión extintiva ... en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa..."*; si bien en el nuevo art. 51 ET ex Ley 35/2010, respecto de este extremo, se establece que *"la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación 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"*.

Lo que ha sido criticado por otro sector doctrinal por limitar desmesuradamente el control judicial del despido objetivo (⁵³⁵).

Adaptando a la nueva normativa sobre el despido objetivo por causas técnicas, organizativas o productivas, en lo factible a los referidos presupuestos jurisprudenciales, se debe ahora, tras la reforma del mercado de trabajo, analizar y, en su caso, valorar y controlar judicialmente:

- a) Si concurre una “*causa ... técnica, organizativa o de producción*” [supuesto de hecho que determina el despido objetivo], en sus diversas modalidades o cambios (respectivamente, entre otros, “*en el ámbito de los medios o instrumentos de producción*” – causa técnica, o “*en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal*” – causa organizativa o, finalmente, “*en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado*” – causa productiva) e incumbiendo a la empresa la carga de la prueba de la concurrencia de la causa alegada (“... *la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas*”);
- b) Si se ha justificado, además, por la empresa que dichas “*causas*” ya acreditadas por ella tienen entidad o trascendencia suficiente, pues los “*cambios*” producidos “*pueden contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos*”; y
- c) Si, partiendo de la acreditada concurrencia de las “*causas*” y de la justificada suficiente trascendencia de los “*cambios*”, la empresa justifica que de las referidas causas “*se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva*” [conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna] en orden a que se “*favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*” [finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada].

VIII.- CONCLUSIÓN: LA VALORACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO OBJETIVO Y EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD: SU REFLEJO EN LA STS/IV 24-NOVIEMBRE-2010

Ya se ha adelantado que en la determinación de la procedencia o improcedencia de las extinciones contractuales que se pretenden fundamentar en las denominadas legalmente como causas objetivas (en estos litigios el juez valora si concurre o no la causa objetiva para la procedencia del despido aducida por el empresario), se plantea, -- con mayor incidencia que en el supuesto del despido disciplinario (en este el juez valora si el trabajador ha cometido o no un falta incumplimiento contractual sancionable), al tratarse las objetivas de causas ajenas a la conducta del trabajador --, la real colisión o conflicto intereses y derechos contrapuestos, como el de libertad de empresa y el

⁵³⁵ Así, BAYLOS GRAU, Antonio, afirma que “*En la norma promulgada resulta simbólicamente más importante que el abaratamiento del coste del despido para el empresario, el reconocimiento del carácter definitivo de la decisión empresarial, aunque esta sea -o precisamente porque lo es- antijurídica o improcedente, obstaculizando o vaciando de contenido el control judicial del acto de despido que no modifica ni altera la determinación unilateral de la extinción del contrato*” (“*Fase dos de la terapia anticrisis*”, en El País, 20/06/2010).

derecho al trabajo (e incluso el interés público a favor del mantenimiento del empleo), ambos dignos por igual de protección jurídica, con las derivadas dificultades para determinar, en su caso, el interés prevalente en el caso y en las circunstancias concretas y, derivadamente, para delimitarlos con el menor sacrificio y con su necesario sometimiento a un “juicio de proporcionalidad”.

En orden a este principio, se remarca por la jurisprudencia constitucional, cuando entran en conflicto derechos o libertades fundamentales, -- con doctrina, entiendo aplicable, a otros tipos de derechos aun de menor rango pero sin prevalencia entre ellos --, que lo verdaderamente relevante consiste en determinar si la medida adoptada por la empresa, sometida a los cánones establecidos para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental, supera o no el “juicio de proporcionalidad”, y que ello únicamente acontecerá cuando la medida concreta revista la consideración de solución idónea, necesaria y proporcionada para la consecución del fin empresarial a que pretende destinarse.

En suma, que deberá tratarse:

- a) de una medida de suyo susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);
- b) necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y,
- c) finalmente, ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (⁵³⁶).

Este debe ser el principio inspirador en la interpretación jurisprudencial de las normas sobre despidos objetivos y en su aplicación al caso concreto para garantizar el necesario equilibrio y respecto entre los derechos e intereses contrapuestos; pues, como ha destacado un sector doctrinal, el cumplimiento de un contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes (art. 1256 Código Civil) y que el “dejar en manos del empresario la llave de su continuidad o de su finalización supondría darle un poder absolutamente exorbitante no solamente sobre la relación laboral – precarizando hasta un extremo intolerable la posición del trabajador en el marco de la misma – sino incluso sobre el desarrollo global de la vida del trabajador” (⁵³⁷).

La jurisprudencia unificadora, que desde su inicio ya hizo referencia expresa a la “valoración de adecuación o proporcionalidad” (STS/IV 14-junio-1996), ha dado un paso importante en esta línea en la STS/IV 24-noviembre-2010 (rcud 3876/2009), dictada en Sala General, en la que expresamente se afirma, para justificar la decisión adoptada en el concreto caso enjuiciado, que “Aparte de resultar –en el caso– la solución más acorde con el derecho al trabajo que reconoce el art. 35.1 CE, que en su vertiente individual se concreta en el «derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir en el derecho a no ser despedido sin justa causa» (SSTC 22/1981, de 2/Julio ...; y 192/2003, de 27/Octubre ...), porque, tanto exigencias constitucionales como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general

⁵³⁶ Entre otras, SSTC 66/1995 de 8-mayo, 55/1996 de 28-marzo, 207/1996 de 16-diciembre, 37/1998 de 17-febrero, 186/2000 de 10-julio.

⁵³⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R. (“Las reformas relativas a la extinción del contrato de trabajo”, en prensa).

de la limitación legal del despido, así como su sujeción –para su licitud– a condiciones de fondo y de forma, lo que no significa que no hayan de tenerse en cuenta los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero sí que se ha de atender a la necesaria concordancia entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho (STC 192/2003, de 27/Octubre ...); proclamando finalmente, como esencial principio interpretativo, que *“Lo que necesariamente invita –en el supuesto de que tratamos– a acoger interpretaciones no extensivas en la aplicación del derecho empresarial a amortizar puestos de trabajo por causas objetivas, en tanto que más favorables a la deseable continuidad en el empleo”*.

PROCEDIMIENTO, CALIFICACION Y NUEVOS EFECTOS DE LA EXTINCIÓN OBJETIVA DEL ART. 52.c) DEL ET, TRAS EL DESTIERRO DE LA NULIDAD POR DEFECTOS FORMALES

Gloria Poyatos Matas
Magistrada titular del Juzgado de lo Social N°1 de Arrecife de Lanzarote

1. Las reformas laborales de 1994 y 1997, tres lustros después. 2. Analepsis en la forma y efectos de los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. 3. Prolepsis del despido objetivo: la nulidad del despido: ¿en peligro de extinción?

1- Las Reformas Laborales de 1994 y 1997, tres lustros después.

No nos sorprendió en exceso, a los prácticos del derecho de aquella época, la Reforma legal introducida por la Ley 11/1994, que, entre otras cosas, ensanchó enormemente el campo de aplicación del apartado c) del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores, ya que el mercado de trabajo venía siendo el ámbito de la vida económica española que más transformaciones había sufrido, desde los años 80, por motivo de la crisis del petróleo primero, y por causa del elevadísimo índice de desempleo después.

De este modo, y tras una nueva crisis, que no pudo atenuarse mediante un Pacto Social, el legislador de nuevo incidió, reformando en profundidad, el mercado de trabajo, específicamente tres aspectos básicos de las relaciones sociales: los despidos, la negociación colectiva y la contratación⁵³⁸. Este propósito legislativo iniciado en 1994 se continuó mediante la reforma de 1997.

A los efectos que nos interesan, se introdujo una nueva figura extintiva a instancias del empresario: eran las nuevas modalidades de despido objetivo, por causas económicas, tecnológicas, organizativas o de producción.

La mayor importancia de esta reforma era la flexibilización empresarial en materia de extinciones contractuales por razones no disciplinarias, que no fuesen colectivas, que hasta ese momento estaban bajo el exclusivo control previo administrativo realizado a través del Ministerio de Trabajo, al que incumbía la valoración de la existencia o no de causas económicas o, en general, objetivas, para

⁵³⁸ Curiosamente, al igual que en la Reforma laboral de 2010 en que las modificaciones recayeron también sobre estos tres aspectos básicos de las relaciones laborales, tal y como se explica en la Exposición de motivos de esta última reforma.

justificar la extinción contractual, correspondiendo el posterior control jurisdiccional al orden contencioso administrativo.

A partir de la reforma de 1994, por primera vez, la decisión empresarial en esta materia no sólo es ejecutiva sino que además es revisable por la jurisdicción laboral, que vio así ampliadas sus competencias materiales.

De este manera el legislador redefinió las causas que justifican las extinciones no “colectivas”⁵³⁹, distinguiendo entre causas económicas y causas técnicas, organizativas o de producción, que trató de concretar haciendo referencia a una más adecuada organización de los recursos, con vistas a garantizar la viabilidad futura de la empresa y el empleo en la misma o a ayudarla a superar una situación económica negativa.

La reforma de 1994 trató de facilitar el uso del despido objetivo como mecanismo extintivo, y flexibilizador del mercado de trabajo, pero a criterio del legislador, debió ser insuficiente pues poco después llegó la reforma laboral introducida por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, en cuya exposición de motivos se reiteraba la necesidad de acometer de manera decidida y urgente reformas con el objetivo de luchar contra el paro, la precariedad laboral y la alta rotación de los contratos, y de potenciar la capacidad generadora de empleo, en especial del empleo estable. Para ello, introdujo una nueva redacción del art. 52 c) Estatuto de los Trabajadores respecto a las causas organizativas, tecnológicas y de producción, vinculándolas a la superación de las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa por su posición competitiva o por exigencias de la demanda a través de una mejor organización de los recursos, para facilitar el uso de esta modalidad de despido y evitar interpretaciones judiciales restrictivas.

Otra importante modificación, que nos llegó de la mano de dichas reformas, fue el erradicar la calificación de nulidad del despido por defectos formales en el caso de los despidos disciplinarios, manteniéndose sólo en el caso de los defectos de forma en materia de despidos objetivos y en aquellos despidos (fuesen del tipo que fuesen), que tenían por móvil la vulneración de derechos y libertades fundamentales (también llamados despidos radicalmente nulos). Ello supuso una primera agresión al instituto de la Nulidad, que tan arraigado estaba en nuestro derecho laboral, en materia de despidos. La segunda agresión a tal instituto se ha producido recientemente, mediante la última reforma laboral acometida, que ha sido calificada por algún sindicato, como la más “virulenta” de la democracia.

Pero algo falló en las previsiones, ya que a pesar de los esfuerzos legislativos, la utilización por las empresas, de esta nueva posibilidad extintiva fue inferior a la vaticinada. Una buena parte de la Doctrina ha venido criticando que los jueces y tribunales laborales fueron muy renuentes a colaborar con los propósitos

⁵³⁹ Las extinciones o despidos «colectivos», regulados en el art. 51.1º del ET redujeron su ámbito pero siguieron sometidos al régimen de control colectivo y autorización administrativa aunque se agilizó el expediente de regulación de empleo.

flexibilizadores del legislador, resistiéndose a los necesarios cambios sociales⁵⁴⁰. Quizás la culpabilidad del fracaso de dicha reforma debe recaer en los interpretadores últimos de las normas legislativas, esto es los jueces⁵⁴¹, tal y como se insinúa en la Exposición de motivos de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, que opta por “proporcionar de mayor certeza” a este tipo de causas de extinción. O quizás no.

Seguidamente se analizará el panorama legal y jurisprudencial existente antes de la Reforma legal iniciada por el Real Decreto Ley 10/2010⁵⁴² y culminada, de momento, con la regulación introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁵⁴³, en relación con los aspectos procedimentales del Despido Objetivo modificados, acotando nuestro análisis específicamente respecto del procedimiento, calificación y nuevos efectos de este tipo de extinciones por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que establece el Estatuto de los Trabajadores en su art. 52.c) en relación con el art. 51.1º de dicho cuerpo legal.

2- ANALEPSIS ⁵⁴⁴ en la Forma y Efectos de los Despidos Objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

No es objeto de este estudio el de las nuevas causas de despido objetivo, merecedoras de un análisis en solitario, dada su enjundia. Así que para situar al lector, se aclara que nos centraremos en la reforma de la forma, efectos y procedimiento de las extinciones de contrato por causas objetivas (art. 52.c) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, (en adelante ET). Pero para tener una visión más incisiva sobre la verdadera afectación jurídico-procesal de la nueva regulación, importaremos a este breve estudio, la técnica cinematográfica del Flashback, analizando el antes y el después de la tan criticada reforma laboral 2010, que en esta materia tiene aplicación retroactiva a todos los contratos laborales, esto es, los existentes antes y después de la reforma.

El marco jurídico regulador de la Forma, procedimiento y efectos en materia de este tipo de extinciones contractuales se encuentra en los arts. 52.1º.c), y 53 del ET y en también en los arts. 120 a 123 (inclusive) de la LPL. Los requisitos Formales exigidos en esta materia eran y son los que a continuación vamos a referir:

⁵⁴⁰ Rodríguez Piñero, M: “La Reforma del Mercado de Trabajo y el RD Ley 10/2010” Diario La Ley, Nº 7441, Sección Editorial, 8 Jul. 2010, Año XXXI, Ed. La Ley

⁵⁴¹ Falguera Baró, MA: “Novedades en la tramitación del Despido Colectivo y Objetivo”. En dicho artículo, de recomendada lectura, el autor, entre otras cuestiones, analiza si realmente la culpabilidad en el fracaso del modelo de despido objetivo recae en los jueces.

⁵⁴² Real Decreto Ley 10/2010 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE de 17 de junio.

⁵⁴³ BOE 18 de septiembre de 2010.

⁵⁴⁴ La Analepsis o Flashback (inglés: escena retrospectiva): es una técnica utilizada tanto en el [cine](#) como en la [literatura](#) que altera la secuencia cronológica de la historia, conectando momentos distintos y trasladando la acción al pasado. (<http://es.wikipedia.org>; 31 de diciembre 2010).

A)- La comunicación escrita al trabajador expresando la causa, requisito éste sustancial en nuestro derecho laboral en el que “no existe” el despido libre o sin causa. El incumplimiento de tal exigencia venía penalizado con la declaración de Nulidad del despido por expreso mandato de lo previsto en el art. 53.4 del ET y 122.1º de la LPL, que a partir de la Reforma se ha convertido en simple improcedencia del despido. La especificación de la causa, y ello no ha cambiado tras la reforma, no debe ser vaga o abstracta o referenciadora de las causas legales, sino que debe concretarse o personalizarse de acuerdo con la situación particular de la empresa, y así se establece en la reciente sentencia del TS de 30 de marzo de 2010 (Rec 1068/2009), en la que se penaliza la dicha abstracción con la calificación de nulo del despido producido, ahora sería improcedente. El supuesto fáctico analizado en esta Sentencia era el de un despido en el que se alegaba como causa “la reestructuración de la empresa”, sin preaviso, y en cuya misma misiva se reconocía la improcedencia por parte de la empresa al amparo del art. 56.2º del ET con oferta de la indemnización legal prevista en este precepto que fue consignada judicialmente en forma y tiempo. Pues bien, Por la Sala se analiza el concepto de “causa”, refiriendo a que: *“El significado de la palabra "causa" en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET, a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del art. 51 ET [al que, como ya se ha dicho, remite este aspecto de la regulación el art. 52 c) ET sobre el despido objetivo] las "causas motivadoras"(art. 51.3 ET, art. 51.4 ET art. 51.12 ET) que pueden justificar el acto de despido. Por tanto, no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota. Así lo entendió tradicionalmente la jurisprudencia sobre causas de despido disciplinario; ([Sentencias del TS de 3 de noviembre de 1982 \(Rec. 6482/1982\)](#) y de [10 de marzo de 1987 \(RJ 1987, 1371\)](#), y así lo ha entendido en general la doctrina científica en lo que concierne al despido objetivo por necesidades de la empresa. El razonamiento anterior no queda invalidado, como propone la sentencia recurrida, por una supuesta virtualidad general de la vía de despido del art. 56.2 ET. Este cauce especial está previsto en principio para el despido disciplinario y se extendería por remisión (aunque en el presente caso no es imprescindible pronunciarse sobre ello) a las extinciones del contrato por causas objetivas reguladas en el art. 52 ET. Pero en lo que concierne particularmente a las extinciones objetivas por causas empresariales del art. 52.c) ET la remisión no debe alcanzar a la supresión del requisito de forma escrita "expresando la causa" . A diferencia de lo que sucede con los despidos disciplinarios, en los que la omisión de las formalidades de la carta de despido determina la calificación de improcedencia y no de nulidad(art. 55.4 ET), el legislador ordena la calificación de nulidad tanto para el despido objetivo en el que "no se hubieren cumplido las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa" (art. 122.2.a) LPL, que reitera lo dispuesto en el repetidamente citado art. 53.4 ET) como para el despido colectivo en el que " no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa" (art. 124 LPL).”*

Pues bien, la anterior Doctrina exigente de concreción o especificación de las causas que han llevado a la empresa a la utilización de la vía del art. 52.c) del ET para extinguir contratos de trabajo, es claro que seguirá vigente más allá de la Reforma de 2010, aunque eso sí, ahora la calificación del despido, ante su incumplimiento, deberá ser de improcedencia, que no Nulidad, como antaño.

La causa no es una cuestión baladí, ya que ello ha generado, en conexión con esta institución extintiva, verdaderos problemas interpretativos hasta el punto de imposibilitar un posterior reconocimiento de improcedencia del despido por la empresa por la vía del art. 56.2º del ET. Este venía siendo el criterio de la Sala social del País Vasco, por ejemplo, en contra de otras Salas sociales, como la catalana, aunque finalmente el Alto Tribunal vino a unificar el criterio en sus sentencias como la de 30 de septiembre de 2010 (Recurso unificación de Doctrina 2268/2009 ; ponente : Sra. D^a. M^a Lourdes Arastey Sahún). En esta sentencia se resolvía el recurso planteado contra sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 28 de abril de 2009, aportándose como contradictoria a ésta otra sentencia de la misma Sala de fecha 5 de abril de 2005. La unificación referida primó los requisitos de forma exigidos en los despidos objetivos del art. 52. c) del ET, respecto a la disponibilidad de la calificación por el empleador, tal y como se recoge en la fundamentación jurídica de la resolución, donde se recoge que : “*el incumplimiento de esa formalidad por parte de la empresa comporta consecuencias diferenciadas según se trate de un despido objetivo o de un despido disciplinario. En la legislación vigente en la fecha del despido aquí enjuiciado (anterior a la entrada en vigor del [Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio \(RCL 2010, 1587\)](#), que modificó los arts. 53.4 ET y 122.3 de la [Ley de Procedimiento Laboral \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#)) el que la extinción del contrato de trabajo se considerase un despido objetivo o disciplinario incidía en la calificación del despido cuando éste adoleciera de imprecisión respecto de la causa. Partiendo de ello, ha de analizarse si cabe entender que nos hallamos ante un despido objetivo, defectuosamente comunicado al trabajador; es decir, si puede desprenderse de la lectura de la carta de despido que el motivo último del mismo se halla en alguna de las causas que el art. 52 ET expresa. Y, ciertamente, habrá de estarse a la intención de la parte empleadora a la hora de extinguir el contrato de trabajo para poder precisar cual haya de ser el régimen jurídico de la ruptura del nexo contractual. Es precisamente en la labor de interpretación de la intención de dicha parte en donde las sentencias puestas en comparación contienen doctrina contraria, ya que, como ha quedado apuntado, en ambos supuestos había una escueta referencia al motivo último por el que las respectivas empresas decidieron poner fin a los contratos de trabajo -con mayor claridad incluso en el caso de la recurrida-. Sin embargo, la sentencia recurrida minimiza la relevancia de las expresiones de la carta de despido, cuya literalidad en ese caso pocas dudas ofrecían sobre la conexión entre la decisión extintiva y las circunstancias objetivas del art. 52 c) ET, al que, además, se hacía expresa referencia. Siendo las expresiones contenidas en la carta reveladoras de la motivación del empleador para acudir a la extinción, el reconocimiento de la improcedencia del despido por parte de éste, con la finalidad de acogerse al art. 56.2 ET, no habría de alterar la calificación de nulidad que legalmente se aparejaba a la insuficiencia del requisito formal. La norma legal sanciona con nulidad el defecto en a la precisión de la causa, y, por ello, el reconocimiento por parte de la empresa de la dificultad de prueba de dicha causa en ningún caso puede convertir en improcedente el despido...*”

B)- La puesta a disposición del trabajador⁵⁴⁵, de forma simultánea a la entrega de la comunicación escrita, de una indemnización de veinte días por año de servicio prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Este requisito exige, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2005 (Rec. 2939/2004), una actuación activa y real no sirviendo, a los efectos de su cumplimiento, una mera oferta de cantidad. Las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 (Rec. 3449/2009) y la de 10 de mayo de 2010 (Rec.3611/2009), consideran cumplido el requisito de puesta a disposición mediante de entrega de un cheque bancario. Respecto al momento de puesta a disposición, también es ya pacífico que se debe producir de forma simultánea a la entrega de la carta de despido, ya que su demora, aunque fuese mínima, provocaba la declaración de Nulidad del cese⁵⁴⁶, de nuevo el ya reformado art. 53.4º del ET y 122.1º LPL, cosa lógica pues mediante la indemnización, se pretendía cubrir las necesidades perentorias y vitales del trabajador afectado y su familia, por lo que el legislador sancionó con la nulidad su incumplimiento⁵⁴⁷, aunque tras la Reforma de 2010 se ha mutado a la improcedencia.

Aunque se preveía, y ello no ha cambiado con la Reforma, la posibilidad de no cumplir con tal simultaneidad, si la causa del despido es económica y se recoge en la comunicación escrita la falta de liquidez⁵⁴⁸ de la empresa en el momento de tal comunicación. Esta excepción, también generó discusión, exigiéndose finalmente por nuestro Alto Tribunal que la empresa que se acogiera a esta especial situación, aportase, al menos indicios, de la falta de liquidez alegada, pudiendo en tal caso posponer la entrega de la indemnización al trabajador hasta el momento de la efectividad del despido, siendo la causa de tal imposibilidad una cuestión de prueba, a cargo de la empresa, tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005 (RJ 2005/ 4257) en la que expresamente se dice: “... *debe dejarse sentado que no basta con la mera afirmación empresarial acerca de su situación de falta de liquidez, sino que se precisa, además, su acreditación si el empleado la discute, pues el precepto últimamente citado, refiriéndose ya en concreto a la obligación de puesta a disposición de la indemnización en el momento que señala (esto es, independientemente de que la*

⁵⁴⁵ Debe hacerse notar al lector que la norma refiere a “puesta a disposición” no a entrega, diferencia ésta que ha sido subrayada por nuestro Alto Tribunal en algún pronunciamiento, como en la Sentencia del TS de 1 de julio de 2010 (Rec. 3439/2009) que literalmente recoge que: “...Con ello el legislador ha querido significar que en cualquier momento inmediato en el que el trabajador recabe la entrega por cualquiera de los medios de pago legalmente admitidos, la cantidad deberá estar a su alcance, disponible”.

⁵⁴⁶ En este sentido, las Sentencias del TS de 25 de enero de 2005 (Rec. 4018/2003), de 23 de abril de 2001, (Rec. 1915/2000) y de 28 de mayo de 2001 (Rec. 2073/2000).

⁵⁴⁷ STS de 17 de julio de 1998: “... *Pero en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social el retraso en el cumplimiento adquiere un matiz especial, en tanto en cuanto el trabajador no puede ver demorada la efectividad de la obligación sinalagmática, o la cobertura de la deuda de seguridad social, ya que con esos cumplimientos se cubren necesidades perentorias y muchas veces vitales. De ahí que tradicionalmente se impone al patrono, como hacía antigua Ley del Contrato de Trabajo, el pago del jornal dentro de la jornada o inmediateamente después de terminase ésta, sin que el percibo del salario en periodos superiores pudiera exceder del mes, obligación de puntualidad que se reitera en los arts 4.2 y 29.1 del Estatuto de los Trabajadores sin que el pago pueda superar el plazo del mes...*”.

⁵⁴⁸ La falta de liquidez a efectos de justificar la ausencia de puesta a disposición de la indemnización y, por tanto, la declaración de nulidad debe ser probada por la empresa, pues en caso contrario, procedía la declaración de nulidad tal y como se ha recogido en sentencias como la dictada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad de Madrid de fecha 21 de julio de 2010 (JUR 2010\318177).

mala situación económica pueda o no justificar el despido objetivo), requiere que «como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización», pues cabe perfectamente la posibilidad de que, por adversa que fuere la situación económica de la empresa, pueda ésta, sin embargo, disponer de dinero suficiente para poner a disposición del despido la correspondiente indemnización con simultaneidad a la comunicación del cese.” No obstante lo anterior, no debe olvidarse que en caso de no concederse preaviso, no podía dejar de abonarse la indemnización, so pena de la nulidad del despido (tras la reforma, improcedencia).

Y otro aspecto conflictivo judicialmente, fue la aplicación de la denominada doctrina del “error excusable”⁵⁴⁹ en el quantum de la indemnización que se pone a disposición del trabajador, ya que su apreciación, enervaba no sólo la calificación de nulidad del despido por defectos formales, sino que el fallo debía calificar de procedente la decisión extintiva con condena de las diferencias indemnizatorias que pudieran proceder⁵⁵⁰, que incluía también, en su caso a una indemnización equivalente al mes por falta de preaviso, tras la reforma sería de quince días. Un error excusable es la escasa cuantía de la diferencia entre lo percibido y lo que debía percibirse, y así se entendió en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de diciembre de 2005 (Rec. 239/2005). En la misma línea, se calificó de “error excusable” la no inclusión en el cálculo indemnizatorio del valor atribuible a las “Stock options”, tal y como se recoge en las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006 (Rec 3813/2004) y de 16 de mayo de 2008 (Rec. 523/2007). En la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de febrero de 2006 (Rec. 3850/2004), también se calificó de “error excusable” la no inclusión en el cálculo del salario, una partida en especie consistente en el valor de utilización del vehículo facilitado por la empresa, y en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2007 (Rec. 4128/2006) tampoco se condenó a la empresa al entender que era un “error excusable” la diferencia indemnizatoria que derivaba de no haberse tenido en cuenta la superior categoría profesional reconocida al trabajador en el mismo pleito de despido, por lo que al momento del depósito de la indemnización su categoría era inferior, y por tanto la indemnización se adecuaba a dicha categoría. Tras la Reforma, este aspecto sólo se ha visto afectado por la calificación del despido que caso de apreciarse que no existe “error excusable”, el despido debe calificarse de improcedente.

También se ha entendido por algunos tribunales ,que si la empresa dispone de una plantilla de trabajadores inferior a veinticinco, cumple este requisito poniendo a disposición del trabajador el 60% de la indemnización (art. 33.8º del ET), no obstante lo anterior, debe recordarse aquí que el requisito de la puesta a disposición del art. 53 no tiene conexión alguna con el art. 33 del ET , y por tanto , no prevé tal descuento al trabajador, aunque con posterioridad pueda el propio trabajador solicitar su abono del FOGASA. Es por ello que deben destacarse aquí la existencia de algunas sentencias de instancia, específicamente del juzgado de lo social nº1 y nº3 de Arrecife (Las Palmas),

⁵⁴⁹ El art. 122.3º de la LPL recoge: “No procederá la declaración de nulidad por haberse omitido el plazo de preaviso o por haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador”.

⁵⁵⁰ Los datos que permiten calificar un error de excusable o no pueden variar de un supuesto a otro y habrán de ser ponderados en cada caso (Sentencia del TS de 19 de junio de 2003; Rec. 3673/2010).

dictadas tras la reforma laboral, en las que se ha calificado de improcedente por defectos formales los despidos objetivos en los que cumpliéndose el resto de requisitos del art. 53, se procede a descontar de la indemnización legal abonada al trabajador el referido 40%.

Y sin dejar al FOGASA, debe recordarse que se vivieron algunos años de incertidumbre por los prácticos del derecho, ya que este Organismo Autónomo denegaba el abono de las prestaciones en concepto de indemnización por despido objetivo como responsable subsidiaria, en aquellos casos en que el título ejecutivo derivaba de un procedimiento ordinario (cantidad), alegando que debía haberse impugnado por la vía del despido, cuestión ésta resuelta finalmente por el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de enero de 2007 (RJ 2007\1592), donde se señalaba que: “.. *el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a este núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto, no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas por ceses ilícitos* “ Interesante y digna de recoger en estas líneas es también la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009\498), en la que desestimándose el recurso de casación para la unificación de Doctrina planteado por el FOGASA, se reconoce en su fundamentación jurídica que en el caso de despidos colectivos que no se siguieron por la vía del art. 51 del ET, procede igualmente la responsabilidad subsidiaria del FOGASA por las indemnizaciones no abonadas a los trabajadores, pues disponían de título habilitante (sentencias), que ya se habían pronunciado sobre su derecho a cobrar las discutidas indemnizaciones.

Trasladándonos de la teoría a la práctica debe destacarse que durante los últimos años, los magistrados “ad quo” han venido aplicando los defectos de forma en materia de despidos objetivos individuales con criterios de absoluta racionalidad, y ello ha tenido como consecuencia que en numerosas ocasiones se declarase la improcedencia, y no la nulidad, por ser aquella expresamente solicitada por la parte actora en vistas orales sin comparecencia de las empresa, en la mayoría de las ocasiones ya “desaparecidas”; dentro de procedimientos judiciales en los que el prioritario deseo del trabajador acreedor de la empresa era el de extinguir lo antes posible su relación laboral de imposible reconstitución.

Y no pocos problemas interpretativos se han generado para las empresas que tras iniciar una extinción contractual por la vía del art. 52.c) del ET, han pretendido acogerse a la posibilidad que les concede el art. 56.2º del ET, mediante el reconocimiento expreso de improcedencia. A este respecto se han dado pronunciamientos contradictorios entre las diferentes Salas de lo social de nuestro país que, entre la calificación de improcedencia o nulidad del despido, por incumplimiento formal de la previsión del art. 53.1º.b) del ET (Puesta a disposición del trabajador de la indemnización), y si se entiende cumplido o no este requisito con la consignación judicial prevista en el art.

56.2º del ET. Pues bien esta cuestión fue resuelta por nuestro Tribunal unificador, específicamente en la sentencia de 1 de Julio de 2010 (Rec 3439/ 2009), en la que se entiende cumplido el requisito de la puesta a disposición, mediante la aplicación de la previsión del art. 56.2º del ET, ya que según reza en su fundamentación jurídica: *“el texto cuya infracción se denuncia no emplea el término entrega sino el de puesta a disposición. Con ello el legislador ha querido significar que en cualquier momento inmediato en el que el trabajador recabe la entrega por cualquiera de los medios de pago legalmente admitidos, la cantidad deberá estar a su alcance, disponible. No se desprende lo contrario del relato histórico, dado que con la comunicación se ofrece la indemnización, equivalente a 37,50 días de salario por año de servicios, advirtiendo de que si la rechazara, se depositará a su disposición, en el Decanato del Juzgado de lo Social. Dentro de las 48 siguientes la cantidad se depositó en el lugar indicado lo que muestra la clara voluntad y sin reservas de la demandada de desprenderse de la cifra indicada con destino al patrimonio de la demandante pues no otra cosa puede desprenderse de semejante proximidad en las fechas.*

Obviamente, tras la Reforma esta discusión será anodina, dada la inexistencia de opción en la calificación del despido, que en caso de incurrir en defectos formales, solo podrá calificarse de improcedente y nunca nulo.

C)- Concesión de un plazo de preaviso de treinta días, a contar entre la fecha de entrega de la comunicación al trabajador afectado y la fecha de efectos del despido. Este requisito también ha sufrido un cambio importante tras la reforma estudiada, que se ha visto reducido en un 50%, quedando, según el actual redactado del art. 53.1º.c) del ET, en un plazo de quince días.

Durante tal periodo de preaviso se prevé también, (y se mantiene tras la reforma), el derecho del trabajador afectado a una licencia remunerada de seis horas semanales para la búsqueda de otro empleo, según dispone el art. 53.2º del ET. Este requisito quedaba, ya antes de la reforma, a salvo de la declaración de nulidad, caso de incumplirse, de acuerdo con lo previsto en el modificado art. 53.4º del ET, aunque eso sí, el empresario venía obligado a sustituir el periodo de preaviso, por el abono de “los salarios correspondientes”⁵⁵¹. Tras la Reforma, se ha cambiado la redacción del apartado 4º del art. 53 del ET, en relación al, también nuevo redactado, de su homónimo, el art. 122.3º de la LPL. De este modo, en aquellas extinciones que se produzcan a partir del 18 de junio de 2010, tal incumplimiento no tendrá afectación alguna sobre la calificación de procedencia de la extinción del contrato por causas objetivas, si bien el trabajador podrá reclamar la cantidad sustitutoria, al que la norma refiere como “los salarios correspondientes a dicho periodo”.

La génesis de la figura del preaviso, a diferencia de lo que sucede con el despido disciplinario, se halla en que la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, responde a razones externas que no dependen ni pueden imputarse a negligencias o incumplimientos del trabajador, de tal forma que, el preaviso es un periodo de gracia

⁵⁵¹ Salarios que deben incluir la prorrata de pagas extras, y por qué no la licencia de las seis horas semanales, a cargo de la empresa.

que viene a facilitar al trabajador la búsqueda de otro empleo, que le permita continuar cubriendo económicamente sus necesidades perentorias familiares y personales. De ahí que la propia norma establezca el derecho del operario a una licencia semanal, sin pérdida retributiva para el trabajador, de seis horas semanales, con el fin de buscar un nuevo empleo. La drástica reducción del periodo de preaviso, de treinta a quince días, es claro que va a suponer un importante ahorro económico para las empresas, pero debe criticarse su negativa afectación respecto del trabajador afectado, que es la parte débil del contrato (desigual) de trabajo.

Como se ha dicho, en caso de incumplirse el preaviso, podrá el trabajador alzarse contra la empresa reclamando los salarios correspondientes a tales días, bien en una demanda ordinaria de cantidad o, si accionó por despido también esta acción es válida para condenar a la empresa a su abono.

Tras la reforma analizada, se ha mantenido incólume la cantidad sustitutoria por la falta de preaviso respecto a la eventual condena a salarios de tramitación, tal y como preceptúa la literalidad del art. 123. 2º de la LPL, que no ha sufrido variación. A este respecto merece la pena destacar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Julio de 2010 (Rec. 3439/2009), que a su vez refiere a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2005 (RJ 2042/2005, Rec.1110/2004), donde se mantiene la independencia y acumulación de las cantidades abonadas por falta de preaviso con los salarios de tramitación, mediante una escueta fundamentación jurídica que literalmente dice así: *“... De conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal ante la claridad de lo dispuesto en el artículo 123.2 de la LPL , al establecer que «cuando se declare improcedente o nula la extinción extintiva, se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso», no cabe olvidar, que la adopción del acuerdo de extinción del contrato por causas objetivas exige la observancia entre otros requisitos, el relativo a conceder un plazo de preaviso de 30 días, computando desde la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo (artículo 53.1.c del ET) y estando vigente el contrato el trabajador tendrá derecho sin pérdida de su retribución a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo y, la no concesión de este período de preaviso, si bien no anula la extinción, obliga al empresario al abono de los salarios correspondientes a dicho período de vigencia de existencia del contrato (artículo 53.2 y 4 del Estatuto de los Trabajadores). Precisamente, teniendo en cuenta estas circunstancias, particularmente que el contrato existe durante el período de preaviso, se pronuncia el artículo 123.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, cuya interpretación gramatical, lógica y sistemática excluye la conclusión que pretende la parte recurrente, pues se trata de retribuciones salariales correspondientes a distintas situaciones, una vigente el contrato de trabajo y la otra correspondiente a la situación en que el contrato ya está extinguido.”*

En relación al FOGASA, también surgieron dudas en torno a si procedía la responsabilidad de este Organismo, en casos de insolvencia empresarial, por las cantidades adeudadas al trabajador por la falta de preaviso, según alguna Sala, por la vía

de considerar tal cantidad “ indemnizatoria”⁵⁵², pero el Tribunal Supremo en sus sentencias de 2 y 10 de febrero de 2010 (RJ 2010/1265 y 2010/1266 respectivamente), dejó zanjada esta cuestión eximiendo al FOGASA de su abono al entender no sólo que este concepto no es indemnizatorio afirmando que en todo caso se acerca más a un concepto salarial, sino también por cuanto no se halla incluido en la previsión del art. 33.2º del ET.

En materia de retracción del despido, entendemos de aplicación la Doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2009 (RJ 2010/255), en la que se convalida la retracción empresarial una vez comunicada al trabajador su cese, pero con anterioridad a la efectividad de la extinción, calificada de despido por el trabajador. Mantiene el Alto Tribunal, que en este caso es válida la retracción empresarial que dejó sin efecto su decisión extintiva antes de que ésta tuviese efectividad. Y aunque esta sentencia no analizaba una extinción objetiva, sería plenamente aplicable a este tipo de extinciones, siempre que la retracción empresarial se produzca durante el periodo de preaviso del despido y con anterioridad a la fecha de efectos del mismo.

Concluyendo con este apartado debemos aseverar que la Doctrina existente en torno al requisito del preaviso se mantiene igual, pues ya quedaba fuera del alcance de la Nulidad antes de la reforma, excepto por la disminución del plazo reducido a quince días, como se ha dicho.

D)- El traslado de copia de la decisión de despido a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento. Aunque el texto legal que regula esta exigencia formal, art. 52.1.c) in fine del ET, literalmente hace referencia al “escrito de preaviso”, el Tribunal Supremo rectificó, en su Sentencia de fecha 18 de abril de 2007 (Rec. 4781/2005), la literalidad del precepto legal estableciendo que el traslado a la representación social debe ser del contenido de la carta de despido en sí, y no del preaviso, ya que una interpretación finalista nos indica que lo que se busca es el control de este tipo de extinciones por parte de la representación de los trabajadores a efectos de evitar que el goteo de despidos individuales por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción sobrepasen los umbrales fijados en el art. 51. 1º del ET, para los despidos colectivos, que requieren autorización administrativa. Debe criticarse aquí, al legislador artífice de la reforma laboral de 2010, ya que pudo aplicar la citada rectificación jurisprudencial, dejando pasar, sin embargo, una buena oportunidad.

También este requisito formal se ha visto modificado tras la reforma laboral de 2010, pues su incumplimiento tiene por efecto jurídico sólo la declaración improcedencia, (ya no la nulidad) del despido objetivo, cosa que va a suponer un duro golpe sindical, pues mediante esta opción se suaviza la “sanción” legal de su incumplimiento, permitiendo incluso que se burle el mismo, a costa del ofrecimiento de una indemnización superior.

⁵⁵² Debe destacarse aquí la sentencia del TSJ de Catalunya de fecha 13 de noviembre de 2003 (Rec sup. 438/2002), en la que se condena al FOGASA a su abono a favor de la trabajadora recurrente al entender tal concepto incluido en la previsión del art. 33.2º del ET tras la reforma legal de 1997, y en concepto indemnizatorio.

3- PROLEPSIS⁵⁵³ del Despido objetivo: La Nulidad del Despido: ¿En peligro de Extinción?

Podemos aseverar, a modo de conclusión, que una de las más importantes novedades introducidas por la Reforma-2010 en relación al despido objetivo por amortización del puesto de trabajo, reside en el destierro, que se vislumbra permanente, de la declaración judicial de nulidad del despido por incumplimiento de los requisitos formales del procedimiento⁵⁵⁴. Ello reduce notablemente las posibilidades judiciales de acoger la nulidad (apreciable de oficio), al restringirla a los supuestos de vulneración (directa o indirecta) de libertades públicas o derechos fundamentales⁵⁵⁵ o en los casos de los llamados despidos discriminatorios tal y como preceptúa el art. 53.4º del ET, que por ahora, no ha sido modificado.

La erradicación de la calificación de Nulidad del despido objetivo por razones de Forma, supone la suavización de la sanción legal por incumplimiento de los requisitos del art. 53 del ET a los que hemos referido y ello se traduce en la pérdida para el trabajador despedido del conjunto de garantías jurídico-procesales que tiene aparejado el concepto de “nulidad”. Recordando la teoría civilista sobre la nulidad frente a la anulabilidad de los contratos⁵⁵⁶, en sentido estricto, un contrato es nulo cuando va en contra de una norma imperativa o prohibitiva. Además la Nulidad es definitiva e insubsanable e implica la ineptitud para producir toda clase de efecto jurídico (“quod nullum est nullum effectum producit”). Tiene un efecto general “erga omnes” y su declaración judicial, que es apreciable de oficio, lleva consigo la necesidad de que todas las cosas vuelvan al estado que tenían con anterioridad a la celebración del contrato o negocio declarado nulo. Además, la acción de Nulidad es imprescriptible.

¿Qué ha pasado con la NULIDAD?

En el humilde entender de esta magistrada, esta modificación, va a tener una clara y notable repercusión para todas las partes sociales:

⁵⁵³ Prolepsis : En sentido literario se refiere a un salto hacia adelante en la narración, mediante el cual se adelantan al lector elementos de la trama, de modo que antes de leer la novela ya sabe o al menos intuye cuál va a ser el final. En este sentido la prolepsis requiere una cierta pericia en su manejo, puesto que es difícil mantener el interés del lector cuando ya sabe cuándo va a ser el final. Un ejemplo de prolepsis sería *Crónica de una muerte anunciada*, de [Gabriel García Márquez](#), obra literaria en la que se sabe que el personaje de Santiago Nasar va a morir, pero lo que verdaderamente atrae al lector es averiguar las circunstancias y razones del asesinato. (<http://es.wikipedia.org> ; 31 de diciembre 2010).

⁵⁵⁴ El procedimiento a seguir en materia de extinción contractual por causas objetivas viene preceptuado en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores con el título, “forma y efectos de la extinción por causas objetivas”.

⁵⁵⁵ Los derechos fundamentales y libertades públicas, se regulan en los arts. 14 a 29 de nuestro Texto Constitucional.

⁵⁵⁶ Nuestro Código civil, regula indistintamente en el Capítulo VI del Título II de su Libro IV, artículos 1.300 a 1.314, bajo la rúbrica “De la nulidad de los contratos” tanto la Nulidad de pleno derecho como la anulabilidad.

- a) La empresa abaratará el coste de sus despidos, sin la amenaza de tener que readmitir al trabajador, además podrá aplicar sin problemas el denominado “despido expres”, mediante el “despido objetivo improcedente” al desaparecer la nulidad. Además, y respecto de los contratos celebrados tras la entrada en vigor del RD 10/2010, de duración superior a un año, podrán nutrirse, las empresas con más de 25 trabajadores de la “subvención” con cargo al FOGASA del 40% sin los límites del art. 33.2º del Estatuto de los Trabajadores⁵⁵⁷.
- b) Para los trabajadores, el panorama es bastante más gris, ya que verán reducido el tiempo de preaviso para la búsqueda de otro empleo, perdiendo el conjunto de garantías económicas y jurídicas que en este tipo de extinciones tenían antes de la Reforma 2010, ya que podrán ser despedidos sin recogerse causa, sin ponerse a su disposición la indemnización legal, so pena, para la empresa, de una indemnización superior, como consecuencia lógica de su calificación de improcedencia. De este modo, se eliminan los mecanismos de protección legal-formal del trabajador ante una decisión empresarial extintiva de razones no imputables al trabajador afectado.
- c) Para los Sindicatos, se reduce notablemente su capacidad de control en materia de despidos objetivos, pues al desaparecer la sanción de nulidad del despido, por incumplimiento de su comunicación a la representación unitaria, se aumentan las posibilidades de desconocimiento unitario o sindical del número total de despidos objetivos producidos y , por ende, si los mismos superan los umbrales previstos en el artículo 51.1º del Estatuto de los Trabajadores⁵⁵⁸.
- d) Para los prácticos del derecho, esto es el colectivo de letrados laboristas, graduados sociales y magistrados sociales; decir que la reforma nos va a generar discusión sobre todo en torno a la prueba de las causas y la finalidad del despido, disminuyendo en cuanto a los defectos formales y sus consecuencias jurídicas, que ahora quedan unificadas en la declaración de improcedencia del despido.

Como conclusión final, se podría decir que esta Reforma Laboral, profunda y de enjundia, pretende acotar o disminuir el margen interpretativo judicial, tutelando el uso del despido objetivo como mecanismo flexibilizador de un mercado de trabajo en plena

⁵⁵⁷ Esta nueva indemnización con cargo al FOGASA se compatibiliza con la prevista en el art. 33.8º del ET, ya existente antes de la Reforma, pero limitada a las empresas que extinguían contratos por la vía del art. 51 y 52.c) del ET, y siempre que tuvieran una plantilla inferior a 25 trabajadores, aunque aquí si se aplican los límites cuantitativos del art. 33.2º del ET.

⁵⁵⁸ El artículo 51.1º del ET establece los umbrales numéricos de trabajadores afectados por despidos fundados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a los efectos de calificarlo de colectivo o individual, distinción ésta de importancia a efectos de la tramitación, pues los despidos colectivos exigen la iniciación de un Expediente de Regulación de Empleo (ERE), y autorización administrativa.

crisis global, pero ello a costa de la pérdida de derechos de la parte más débil del peculiar contrato laboral. No obstante lo anterior, nosotros, los jueces sociales tenemos la obligación de interpretar las normas, (sin exclusión de la tan analizada última reforma laboral), de acuerdo con los principios inspiradores de nuestra Carta Magna, la Constitución Española de 1978, así como el conjunto de esos derechos y libertades, calificados de “fundamentales”, que continúan vigentes, en cuya aplicación, el juzgador no debe olvidar su deber de encauzar y corregir las desigualdades y preservar las garantías de los derechos sociales, que por ahora, no han sido erradicadas de nuestro sistema jurídico laboral.

LA REFORMA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE 2011. RASGOS GENERALES Y REFLEXIÓN CRÍTICA

Manuel Ramón Alarcón Caracuel.
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Magistrado del Tribunal Supremo.

1. Rasgos generales de la reforma acordada. 2. La pretendida justificación de la reforma. 3. Algunos errores o carencias de las predicciones. 4. Una impugnación de la hipótesis de partida.

1. Rasgos generales de la reforma acordada.

Por el momento en que se imparte esta conferencia, pocas semanas después de suscribirse el Acuerdo en el que se delinearán con bastante precisión los rasgos caracterizadores de la reforma que se aproxima pero cuando ésta aún no ha iniciado su trámite parlamentario, procede poner de relieve cuales son esos rasgos -o, al menos, los más importantes- dejando el análisis concreto y detallado de las modificaciones normativas para cuando éstas estén en el BOE. A ese examen general dedicaré este primer apartado. Pero también es oportuno -y a ello dedicaré el segundo apartado, aparte de alguna alusión en el primero- reflexionar críticamente sobre los argumentos justificativos de esta reforma.

Estamos ante una nueva reforma de la pensión de jubilación en nuestro sistema de Seguridad Social. Nueva pero no novedosa. Sus elementos esenciales son los mismos que ya estuvieron presentes en reformas anteriores: endurecimiento de los requisitos y empobrecimiento de las cuantías: en definitiva, recorte del derecho a la pensión de jubilación para el conjunto de los trabajadores. Y también son los mismos, como veremos en el apartado segundo, sus factores determinantes: se argumenta que, sin esas modificaciones, nuestro sistema público no estaría en condiciones de pagar las pensiones prometidas en una determinada fecha, futura pero no demasiado lejana. De paso se lanza el mensaje de que los ciudadanos harían bien en suscribir un plan de pensiones privado y complementario. Si es que pueden hacerlo, claro.

Así, en 1985 el período para calcular la base reguladora se elevó de 2 a 8 años. En 1997 se volvió a elevar a 15 años. En 2007 el período de carencia, que teóricamente siguió siendo de 15 años, se elevó en realidad de 4.700 días (algo menos de 13 años) a 5.475 días (15 años “reales”) al prohibir el mecanismo de cómputo de los “días-cuota” consistente en computar también las cotizaciones correspondientes a las pagas extraordinarias. Ello representó elevar el período de carencia en un nada desdeñable 16,5 %. En todos los casos, además, la reforma de la pensión de jubilación vino acompañada de otras también significativas pero que quedaban un tanto disimuladas ante el impacto que la reforma de la jubilación -en tanto que prestación “reina” del sistema: la que afecta a más beneficiarios y la que más dinero cuesta, con diferencia- tiene en la opinión pública. Por ejemplo, en 2007 fue enormemente importante la nueva fórmula para calcular la pensión de incapacidad permanente, vinculándola a la fórmula

de cálculo de la jubilación, con lo que la cuantía de la pensión dependerá no solamente de la entidad de la contingencia (parcial, total, total cualificada, absoluta o gran invalidez) sino también del número de años cotizados, lo que es completamente incoherente con el aseguramiento de un riesgo que, como tal, es aleatorio e imprevisible, y más que ningún otro riesgo lo es precisamente la incapacidad sobrevenida. Con ello, además, cualquier reforma del modo de cálculo de la pensión de jubilación, como la ahora anunciada, repercutirá automáticamente –y de manera un tanto subrepticia- en la de incapacidad permanente.

Sin embargo, es cierto que en esta ocasión se ha tocado por primera vez un elemento configurador de la prestación que tiene un alto valor simbólico: la edad de jubilación, que pasará, como regla general, de 65 a 67 años. Y cuando digo simbólico no me refiero a que carezca de importancia práctica –que la tiene, y mucha- sino a que se ha alterado algo que constituía un valor entendido durante mucho tiempo y que parecía intocable: la edad de jubilación se deberá ir adelantando para permitir a las personas disfrutar al final de su vida de un período de tiempo suficientemente largo como para que el merecido descanso ganado tras muchos años de trabajo lo sea verdaderamente y no se limite a ser un breve lapsus antes de morir. O, cuando menos, que la edad de jubilación se quede como estaba, pero que no se retrase. Como es sabido, la justificación que se pretende dar a semejante retraso es el alargamiento de la esperanza de vida. Luego volveré sobre esto. Pero adelanto ya que, mientras no se retrase la edad mínima de admisión al trabajo –que sigue siendo escandalosamente baja: a los 16 años, se es casi un niño o niña- teóricamente una persona podría trabajar y cotizar la friolera de cincuenta y un años, hasta cumplir 67, lo que resulta verdaderamente exagerado. En definitiva, hacer trabajar esos dos años más entre los 65 y los 67 se traduce en hurtar al conjunto de los ciudadanos el beneficiarse de forma adecuada de los avances de la medicina que permiten el alargamiento de la esperanza de vida. En el fondo, se trata de la misma filosofía –si es que se le debe dispensar tal nombre- que hace que los enormes avances de la productividad del trabajo debidos a la revolución tecnológica, no se traducen –como debía ser- en una reducción de la jornada de trabajo y un correlativo aumento del tiempo libre sino casi exclusivamente en un aumento de los beneficios empresariales.

Y una cosa más. La reforma de la jubilación se introduce con la pretendida justificación de la crisis económica que padecemos desde 2008. Pero no nos engañemos: se trata de un eslabón más de la lucha contra los niveles alcanzados, sobre todo en Europa, por el Estado del Bienestar, unos niveles intolerables para la ideología neoliberal hegemónica en el mundo político y académico desde los años 80 del siglo pasado. La crisis es solo el pretexto y el contexto. El pretexto: su carácter de tal lo demuestra que no se introducen solamente medidas de emergencia y provisionales (tipo congelación de las pensiones durante un cierto tiempo hasta que pase el vendaval de la crisis) sino reformas estructurales que, en realidad, carecen de efecto inmediato pero que rebajan el nivel de protección para el futuro con carácter definitivo. En suma, se procede del mismo modo con el que se plantea la reforma laboral, que será absolutamente ineficaz para crear empleo pero que reduce para siempre –si las tendencias sociopolíticas no cambian- los derechos de los trabajadores. Y el contexto: la situación de crisis ha conseguido amedrentar a una gran mayoría de la población, incapaz de resistir con movilizaciones adecuadas semejante ataque virulento y en varios frentes –despidos masivos, reducciones salariales como nunca se habían visto, etc.-, lo

que brinda un escenario propicio para una auténtica derrota histórica de la clase trabajadora.

Esta –o, más concretamente, los sindicatos que mayoritariamente la representan, CCOO y UGT- lo más que han podido hacer, en el tema concreto de la pensión de jubilación, es introducir en el “Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones”, firmado el 2 de febrero de 2011 con el Gobierno y con la patronal CEOE-CEPYME, algunos elementos para intentar reducir el impacto negativo de la reforma. Pese a todo, ésta mantiene sus dos elementos esenciales: la prolongación hasta los 67 años de la edad para la jubilación ordinaria y el aumento desde 15 hasta 25 años del período de cómputo de cotizaciones para calcular la base reguladora de la pensión. Tres días antes de la firma del Acuerdo citado, Ignacio Zubiri, catedrático de Hacienda de la Universidad del País Vasco publicaba un artículo (El País, 30/1/2011) en el que calculaba el impacto combinado de ambas medidas en una disminución media de las pensiones de un 20 %. Dicho cálculo coincide básicamente con el de Díaz-Giménez y Díaz- Saavedra, quienes elevan el impacto reductor al 26,4 % en el caso de que se tomara como base de cálculo toda la vida laboral (citados por José María Zufiaur, presidente del Observatorio del Mercado de Trabajo del Comité Económico y Social Europeo, en Nueva Tribuna, 3/11/2010).

Ahora bien, lo que los sindicatos han conseguido introducir en el citado Acuerdo es, básicamente, lo siguiente. En primer lugar, que la implantación de ambas medidas se haga progresivamente a lo largo de un dilatado período transitorio: de 2013 a 2027, para la edad de jubilación, y de 2013 a 2022 para el cómputo de la base reguladora. En segundo lugar, se consigue que se pueda acceder a la pensión de jubilación con 65 años siempre que se haya cotizado al menos 38 años y seis meses (a partir de 2027; antes también hay una implantación progresiva: 35 años y 3 meses en 2013, 35 años y seis meses en 2014, etc.). Y en tercer lugar se introduce una regla de cotizaciones “ficticias” que se podrán reconocer a las mujeres que hayan interrumpido su vida laboral por nacimiento o adopción de hijos (9 meses por cada hijo).

Sin embargo, en el lado negativo cabe citar el compromiso de revisar cada cinco años, a partir de 2027, el denominado “factor de sostenibilidad”, que se identifica con un parámetro fundamental: la evolución de la esperanza de vida. Es decir, hablando en plata: nos amenazan con retrasar la edad de jubilación cada vez que la esperanza de vida aumente. Decididamente, la filosofía maltusiana ha venido para quedarse.

2. La pretendida justificación de la reforma.

Aunque el documento presentado por el Gobierno a la Comisión parlamentaria del Pacto de Toledo el 29 de enero de 2010 tiene cincuenta folios y también son extensas las discusiones y las conclusiones de dicha Comisión, puntualmente recogidas en el Diario de Sesiones de Congreso en los meses subsiguientes, lo cierto es que todo el argumentario justificador de la reforma bien se puede reducir a una única y repetida idea: el envejecimiento de la población. Se trata de una de esas ideas que operan como un auténtico “mantra”, en el sentido de que su mera exposición produce una suerte de “iluminación” y, consiguientemente, de generalizada inhibición de cualquier pensamiento crítico respecto a las conclusiones que de tal hecho –que, en sí mismo considerado, nadie discute- son extraídas por el pensamiento oficial dominante. En

cuanto al hecho en sí mismo es fácil de exponer: consiste en que las tendencias demográficas presentes en Europa y en España desde hace algunos años y previsibles para al menos los próximos 25 o 30 años conducen –por el efecto combinado del descenso de la tasa de natalidad y del aumento de la esperanza de vida- a una situación en la que la población de 65 o más años aumenta más rápidamente que la población en edad de trabajar (16 a 64 años), con el consiguiente deterioro de lo que se denomina la tasa de dependencia, que se predice puede llegar a ser –hacia el 2050- de solamente dos activos por cada uno pasivo. Según los diversos estudios demográficos las predicciones pueden no coincidir con exactitud pero sí en sus líneas generales. Y siempre se expresan gráficamente con un achatamiento de la pirámide poblacional, que nunca falta en las exposiciones con power point de los apologetas de la reforma de la pensión de jubilación, en España y fuera de ella, sabedores de la eficacia propagandística de tal recurso visual. A partir de ahí, se deduce sin solución de continuidad una conclusión que se impone como una especie de verdad incontrovertible: ante esa evolución demográfica, no será posible que nuestro sistema de Seguridad Social pague en 2050 las pensiones de jubilación tal como están actualmente diseñadas; por lo tanto, es imprescindible recortarlas para poder seguir pagándolas. Con ello, se añade, no se está atacando al Estado del Bienestar sino que se le está defendiendo para evitar que entre en crisis. Es como aquel sujeto que se jactaba ante sus acreedores de ser buen pagador pero siempre que se le hiciera una quita de al menos el 20 % de la deuda.

En mi opinión, el citado discurso –que, en su propia simplicidad, parece incontrovertible- adolece, en primer lugar, de algunos errores o carencias que operan en el seno de sus propias coordenadas o de su hipótesis de partida, es decir, aún aceptando ésta. Y, en segundo lugar –pero que es lo más importante- cabe discutir esa hipótesis de partida. Me referiré sucesivamente a ambos aspectos.

3. Algunos errores o carencias de las predicciones.

En cuanto a los errores, insuficiencias o carencias en el planteamiento al uso, cabe hacer las siguientes matizaciones.

- a) Lo que importa no es la tasa de dependencia convencional sino la real.

La tasa de dependencia convencional revela la relación entre población en edad de retiro y población en edad de trabajar, y sobre ella se insiste en la mayoría de los análisis sobre la cuestión, a veces con tonos catastrofistas. Pero ya hace años la Comisión Europea, en su “Informe sobre la protección social en Europa en 1999”, alertaba sobre la inconveniencia de fundamentar los análisis esencialmente en ese dato. En él se decía: “actualmente la Unión cuenta con una media de una persona de 65 años o más por cada cuatro personas en edad de trabajar y se prevé que esa relación pase a ser de uno por cada tres en 2020 y de casi uno por cada dos en 2040”. Y la Comisión añade: “estas previsiones sobre el incremento de los coeficientes de dependencia, que constituyen una forma convencional de evaluar las tendencias demográficas pueden dar una impresión equívoca sobre la importancia del problema que suponen para los sistemas de protección social, así como sobre la respuesta política más adecuada para solucionarlo. (Y ello es así porque) en la práctica, un elevado porcentaje de población en edad laboral no trabaja y, por tanto, no desempeña ningún papel en la generación de la renta con la que se deben financiar las pensiones de los jubilados. (Por ello, cualquier

análisis prospectivo) tiene que distinguir entre, por un lado, la mano de obra potencial y, por otro, las personas realmente activas”. Y la Comisión recuerda un hecho trascendental: entre 1980 y 1998 la tasa de dependencia convencional aumentó en Europa (y con ella se justificó en España la reforma de 1997) pero la tasa de dependencia real no aumentó en absoluto “debido a que la caída de los índices de desempleo y el incremento de la participación de la mujer en el mercado de trabajo han podido compensar el aumento del número de personas de 65 años o más”. En definitiva, si como recuerda el propio Informe, “en 1998, apenas un 60 % de la población en edad activa ejercía una actividad profesional remunerada” y, pese a ello, bastó para contrarrestar el aumento de la tasa de dependencia convencional, parece claro –y hasta obvio- que la solución al problema de las pensiones pasa, ante todo, por aumentar la tasa de actividad (especialmente la de las mujeres que, en nuestro país, sigue siendo muy baja), es decir, la que mide las personas que tienen o buscan empleo, y pasa también por disminuir la tasa de desempleo, que nos dice cuantas de esas personas no lo encuentran. Y por ello es claro lo mixtificador y absolutamente inapropiado que resulta plantearse una reforma de la pensión de jubilación en un momento como el actual, cuando estamos sumergidos en una gravísima crisis económica y con tasas de desempleo en constante aumento. Porque cuando se hacen análisis a largo plazo –hacia atrás y hacia delante- las cosas se ven de muy distinta manera. Y nadie puede afirmar con un mínimo de rigor que esos datos fundamentales –tasa de actividad y tasa de desempleo- vayan a ser peores en su conjunto en los próximos cuarenta años de lo que lo han sido en los cuarenta anteriores, ni en España ni en el conjunto de Europa. Plantearse, por tanto, que en 2050 nuestras pensiones de jubilación tienen necesariamente que ser menos “generosas” que en 2010 no es una exigencia técnica: es una opción política.

b) Se minusvalora el fenómeno de la inmigración.

En el año 1995 se publicaron algunos Informes (de FEDEA y de la Caixa, entre otros) que sirvieron para justificar la reforma de 1997. En dichos estudios se partía exactamente del mismo planteamiento que ahora se hace: el del envejecimiento de la población como principal factor determinante del necesario recorte de las pensiones de jubilación pues, en caso contrario –se llegó a afirmar- en el año 2005 el sistema “entraría en quiebra”: no podría atender al pago de las pensiones comprometidas. Pero, precisamente en 2005, nuestro sistema de Seguridad Social gozaba de una salud financiera indiscutible, con continuos superávits anuales que servían para engrosar el Fondo de Reserva, y todo ello no merced a la reforma de 1997 sino al crecimiento de nuestra economía que nos había permitido no solamente reducir drásticamente el paro –llegando a cotas muy próximas al pleno empleo- sino además dar trabajo a cinco millones de inmigrantes, la mayoría de los cuales cotizaban a la Seguridad Social, aparte de pagar impuestos, sobre todo los indirectos. Sin embargo, este importantísimo fenómeno de la inmigración no fue previsto o, al menos, no fue tomado en consideración su auténtico impacto, en los citados estudios. Y ello a pesar de que, como es bien sabido, la inmigración y la emigración son fenómenos demográficos tan importantes como la tasa de natalidad o de mortalidad. Y basta contemplar la realidad socioeconómica de los países ribereños del Mediterráneo, al sur y al norte del Mare Nostrum, y la de España en relación con ciertos países sudamericanos, para concluir que la inmigración de carácter económico a nuestro país, en un momento de crecimiento económico, es algo más que previsible. Pero ni se previó en 1995 ni se está previendo ahora. Una vez más, los árboles no dejan ver el bosque. La crisis económica ha frenado

la inmigración y ha fomentado el regreso de muchos inmigrantes a sus países de origen. Pero no parece aventurado pensar que, una vez superada la crisis, el flujo inmigratorio hacia nuestro país recuperará la intensidad de años anteriores, con las consiguientes repercusiones sobre el tema que estamos tratando.

c) El engañoso aumento de la esperanza de vida.

Como hemos visto, el dato principal que se utiliza para fundamentar las previsiones negativas sobre nuestro sistema de pensiones es el del continuo alargamiento de la esperanza de vida en nuestros países desarrollados. Se trata de un discurso malthusiano químicamente puro y ciertamente desagradable por cuanto contribuye a hacernos percibir un fenómeno claramente positivo como si fuera un gran problema, por cuanto –se nos dice- es imposible que la Seguridad Social pague las pensiones de jubilación sobre todo ese tiempo adicional y, por ello, es necesario retrasar la edad de jubilación. Pero, aparte de eso, sucede que aquí también se introduce un dato engañoso. En efecto, con frecuencia se habla de la esperanza de vida en general y no de la esperanza de vida después de la edad de jubilación (en nuestro caso, hasta ahora, después de los 65 años). Es decir, la esperanza de vida en general es una media en la que influyen factores tan diversos como la disminución de la mortalidad infantil, la curación cada vez más frecuente del cáncer –que afecta más a la población con menos de 65 años-, los avances en la prevención y curación de las cardiopatías, la disminución de la mortalidad por accidentes de tráfico y por accidentes laborales (una asignatura, por cierto, pendiente entre nosotros). Todo ello nos puede llevar a prever que la esperanza de vida puede aumentar en nuestro país de aquí a 2050, en cinco, siete, diez años...: nadie puede saberlo con exactitud. Pero lo que repercute directamente sobre la prolongación del cobro de la pensión de jubilación no es eso sino el aumento de la esperanza de vida después de la edad de jubilación puesto que, desde este punto de vista, es indiferente que una persona fallezca de cáncer a los cuarenta años que, gracias a un determinado tratamiento médico, a los cincuenta: en ninguno de los dos casos habrá empezado a cobrar pensión de jubilación. Un ejemplo de este desenfoco se puede apreciar en el documento que el Gobierno presentó el 29 de enero de 2010 a la Comisión parlamentaria del Pacto de Toledo, que pasa inmediatamente a centrarse en el consabido envejecimiento de la población: “nuestra esperanza de vida es una de las más altas del mundo (la segunda después de Japón) y sigue creciendo...” (pág. 7). Pero precisamente en el propio documento (pág. 40) se reconoce que la esperanza de vida posterior a los 65 años era en 2009 de 20,74 años y que se prevé que será de 22,41 años en 2040. Independientemente de la más que relativa fiabilidad de esta previsión –y dándola por buena- obsérvese que entre 2009 y 2040 el aumento es de solamente 1,67 años: la reforma –al elevar la edad de jubilación en dos años- ya ha neutralizado de antemano y con creces el impacto de ese aumento en la esperanza de vida posterior a la jubilación.

d) La minusvaloración de los aumentos de la productividad.

Es evidente que plantear el asunto de la pensión de jubilación prioritariamente sobre la relación población activa-población pasiva es un reduccionismo que falsea cualquier conclusión en cuanto esconde lo que realmente importa: cuanta riqueza crea esa población activa, lo cual depende fundamentalmente de su productividad. De ahí que la previsión de los aumentos de productividad en nuestro país de aquí a 2050 sea un

factor importantísimo. Naturalmente, los autores de los estudios que han propiciado las sucesivas reformas de la pensión de jubilación conocen bien esto pero, dado que sobre las previsiones es posible hacer todo tipo de conjeturas, tienden a prever crecimientos de productividad muy endeble. Más aún: en ocasiones afirman que ese factor positivo queda neutralizado por el hecho de que, al incorporarse el aumento de la productividad a los salarios, también lo hacen a las pensiones, con lo que éstas también se encarecen, absorbiendo así el aumento de riqueza. Con ello parece desconocerse dos cosas: una es la experiencia pasada de nuestro país en la que, ni de lejos, se han traducido los aumentos de productividad en aumentos proporcionales de los salarios (ya veremos qué ocurre en el futuro); y la otra es que los aumentos salariales no se traducen más que en una cierta parte a la cuantía de las pensiones, dado el efecto conjunto de los topes de cotización y de los topes a las pensiones. Así es que considerar que los aumentos de productividad quedarán completamente neutralizados por los aumentos de las pensiones no parece una opinión muy fundada.

e) El “olvido” de importantes partidas de ingresos.

En los estudios que pretenden alertar sobre una futura falta de sostenibilidad financiera de nuestro sistema de pensiones, el dato básico es, como hemos dicho, el aumento de la población de más de 65 años, como tendencia actual y futura. Naturalmente, entre esas personas mayores se contabilizan varios millones de funcionarios públicos. Sin embargo, en el desequilibrio que se pronostica entre los ingresos previstos por cotizaciones de los activos y los gastos necesarios para atender a las pensiones de los pasivos es frecuente olvidar que, entre los primeros, habría que contabilizar los ingresos del Régimen de Clases Pasivas en el que están encuadrados una gran parte de esos funcionarios. Este incomprensible “olvido” ya fue denunciado en su día por Bernardo Gonzalo, quien puso de manifiesto que solamente con que se computaran debidamente esos ingresos era suficiente para restablecer el equilibrio financiero que alguno de los estudios de 1995 auguraban que sería imposible mantener diez años después.

f) La renuncia a maximizar los ingresos por cotizaciones.

Como es sabido, nuestro sistema de cotizaciones conserva un rasgo –que no es sino un vestigio de cuando se cotizaba no por salarios reales sino por unas muy inferiores bases tarifadas- y es el de la existencia de un tope máximo de cotización y varias bases máximas intermedias según grupos profesionales, que se fijan cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de tal manera que la parte de los salarios que se perciba por encima de esos límites máximos no está sujeta a cotización alguna. Este singular mecanismo convierte a las cotizaciones en un tributo claramente regresivo, con evidente violación del artículo 31.1 de la Constitución. Es decir: no es que no respeten el principio de progresividad sino que ni siquiera son proporcionales. Pues bien: desde la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la Seguridad Social del año 1972 –que suprimió el sistema de bases tarifadas y anunció que se pasaría, a través de un cierto período transitorio de carácter mixto, a cotizar por bases reales- han pasado casi cuarenta años y este designio de que se cotice por la totalidad del salario que se percibe no se ha conseguido más que para los salarios que están por debajo de esos límites, beneficiando así injustamente a quienes perciben salarios más altos. Es evidente que “destopar” las cotizaciones produciría automáticamente –siendo como son las cotizaciones un tributo de fácil gestión recaudatoria- un considerable aumento de los

ingresos, siempre que se adoptaran las cautelas necesarias para evitar el fraude. Y con ello sí que se respetaría el tan reiteradamente invocado –desde que lo puso en circulación el Pacto de Toledo en 1995- principio de contributividad.

Ahora bien, en los planteamientos a que nos venimos refiriendo nunca se toma en consideración esta posible variable para incidir sobre la relación cotizaciones-prestaciones. Nunca se habla de aumentar las cotizaciones –que es un tema tabú- sino solamente de reducir las prestaciones. Y es frecuente oír el argumento de que, si se destopan las cotizaciones, habría que destopar las pensiones y, por lo tanto, estaríamos en las mismas. Pero no hay tal. Hace ya mucho tiempo que el Tribunal Constitucional dejó claro que, en un sistema de Seguridad Social digno de tal nombre, no existe una relación sinalagmática o de reciprocidad causal entre las cotizaciones y las prestaciones. Así, en la STC 134/1987, de 21 de julio, reiterando la doctrina contenida en SSTC 103 y 121/1983, se afirma: “existe, sin duda, una cierta correspondencia entre cotización y prestación, pero que no es de índole estrictamente matemática ni puede equipararse con la que deriva de una relación contractual, como ocurre en el seguro privado. El régimen de prestaciones de la Seguridad Social no es, en efecto, un régimen contractual, del que lo diferencian radicalmente las notas de universalidad, obligatoriedad y uniformidad. Se trata de un régimen legal que tiene como límites, entre otros, el respeto al principio de igualdad, la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la asistencia y a prestaciones sociales suficientes para situaciones de necesidad que la Constitución garantiza en su art. 41, situaciones éstas, que aquí no podrían alegarse, dada la cuantía de las pensiones afectadas. Por ello, y sin negar que, como ya se dijo en la citada STC 121/1983, el régimen de la Seguridad Social se asienta en alguna medida en el principio contributivo, conviene tener en cuenta que la relación entre cotización y prestación que se da en una relación contractual no puede trasladarse en forma automática al régimen legal de la Seguridad Social”. Pero quienes entienden mal el principio de contributividad pretenden que sí existe esa relación de reciprocidad contractual, y la traducen en la, según afirman, necesaria relación de proporcionalidad entre lo que se paga a la Seguridad Social y lo que se recibe de ella. Y es porque confunden lo que es un mero modo de cálculo de las prestaciones –en función de, pero no en proporción a, las cotizaciones- con la causa de la prestación que, en un sistema de reparto como es el nuestro, nunca puede estar constituida por las cotizaciones previamente abonadas. Este modo de calcular las prestaciones tomando en consideración las bases de cotización y la duración de las cotizaciones previamente vertidas al sistema se explica de otra manera.

Se explica, en primer lugar, porque nuestro sistema ha optado no por prestaciones uniformes sino por prestaciones que supongan una cierta tasa de sustitución de la renta profesional que se deja de percibir al sobrevenir la contingencia (incapacidad temporal, incapacidad permanente, paro, jubilación, muerte). Al determinar la cuantía de la prestación en relación a la cuantía de las bases de cotización, en realidad se está indirectamente calculando en función de esos salarios que determinan las bases de cotización. Pero nada impide que esas bases de cotización se correspondan íntegramente con los salarios reales y que, sin embargo, se mantengan los topes de las prestaciones, por razones de solidaridad interna del sistema. Así lo afirmaba la ya citada STC 134/1987 que confirmó la validez de la norma presupuestaria que pone un tope a las pensiones.

Y, en segundo lugar, el que se tome en cuenta la duración del período cotizado, así como el establecimiento de los llamados períodos de carencia o períodos mínimos de

cotización para tener derecho a la prestación, se explica por evidentes razones financieras. Pero basta recordar, por ejemplo, que no se exige período de carencia alguno para dispensar prestaciones en los supuestos de contingencias derivadas de riesgos profesionales y también de accidentes no laborales, para entender que, una vez más, la causa de la prestación no reside en esa contraprestación de haber pagado cotizaciones durante un cierto tiempo sino en un deber público de subvenir a las situaciones de necesidad de los ciudadanos impuesto por el artículo 41 de la Constitución y configurado en sus perfiles concretos por la normativa ordinaria del Estado.

Pues bien, en el Acuerdo Social y Económico del 2/2/2011, este importante tema recibe un tratamiento francamente decepcionante. Se limita a decir que “cuando la situación económica y del empleo lo permita, el Ministerio de Trabajo e Inmigración y los interlocutores sociales examinarán la relación entre las bases máximas de cotización y los salarios medios, a fin de mantener el carácter contributivo del sistema”.

Junto al destape de las cotizaciones –y manteniéndonos, por el momento, en esta única fuente de financiación- no podemos olvidar el fenómeno de la economía sumergida, por el que la Seguridad Social pierde ingentes sumas de dinero, sin que parezca que la lucha contra ese fraude esté siendo demasiado exitosa, como tampoco lo es la lucha contra el fraude en el IRPF. Y, en fin, hay determinadas cotizaciones, como las que es obligatorio abonar en los frecuentísimos supuestos de condena a salarios de tramitación en despidos nulos o improcedentes, respecto de las cuales tengo bastantes dudas que se controle su efectivo pago en todos los casos. Y no creo que con los actuales medios informáticos fuera demasiado difícil que los Juzgados de lo Social informaran puntualmente a las delegaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social de esas condenas a salarios de tramitación para desencadenar la correspondiente acción recaudatoria.

4. Una impugnación de la hipótesis de partida.

Hasta aquí hemos expuesto algunos elementos que relativizan –creo yo que en un grado importante- las conclusiones que habitualmente se extraen del que podemos denominar como el “discurso del envejecimiento”. Lo que he intentado es poner de relieve una serie de factores cuya introducción en ese discurso, sobre todo si se tienen en cuenta todos ellos conjuntamente, pueden llegar a contradecir la conclusión principal de los análisis al uso: que la reforma consistente en recortar la pensión de jubilación es imprescindible porque, en caso contrario, las cotizaciones que se recauden hacia el año 2050 no serán suficientes para pagar las pensiones de los jubilados. Ahora bien, los argumentos expuestos se sitúan dentro de una hipótesis que no se ha cuestionado y que es la que sirve de punto de partida –explícito o implícito- a la mayoría de los análisis que se hacen sobre la sostenibilidad financiera de nuestro sistema de pensiones: que las mismas deben financiarse exclusivamente con las cotizaciones de empresarios y trabajadores a la Seguridad Social. Lo que me propongo en las líneas que siguen es, precisamente, poner en cuestión esa hipótesis de partida. Y lo haré tanto desde un punto de vista teórico-político como desde un punto de vista jurídico-normativo.

Desde la primera perspectiva, comenzaré citando una respuesta dada por Jordi Sevilla, exministro de un gobierno socialista, hace pocos días (Diario de Sevilla,

29/1/2011) al periodista que le interrogaba sobre la reforma de las pensiones: “No estoy nada seguro de que la que se ha negociado sea la mejor, por una cuestión asombrosa: se plantea la sostenibilidad del sistema y la única respuesta que se le da al problema es cómo recortar gastos. Dentro de 30 años, la sociedad española estará más envejecida pero será más rica. Deberíamos vincular al menos una parte de la financiación de las pensiones a impuestos relacionados con la riqueza general. No entiendo por qué nuestras pensiones se tienen que financiar como dijo Bismarck en el siglo XIX y por qué tiene que seguir siendo la única política social que se costea sólo con un impuesto regresivo sobre los asalariados. Para mí ése es el debate”. Y para mí también. Y añado lo siguiente. Quedarse prisionero del prejuicio de que las pensiones tienen que financiarse exclusivamente con las cotizaciones implica no solamente estar abocados a no poder sostener financieramente el sistema en un momento dado –lo que conduce directamente al recorte de las prestaciones- sino además poner en solfa el propio concepto del derecho a la Seguridad Social como un derecho de ciudadanía vinculado a una obligación del Estado constitucionalmente establecida y que es el eje básico de ese gran pacto social en que consiste el Estado del Bienestar o, en términos constitucionales, el Estado social y democrático de Derecho que proclama el artículo 1 de nuestra Constitución. En definitiva, la idea que late debajo de ese planteamiento alicorto es que, del mismo modo que una compañía de seguros se financia exclusivamente con las primas de sus asegurados, la Seguridad Social debe financiarse exclusivamente con las cotizaciones de los trabajadores asegurados (y de sus empresarios que, en realidad, las contabilizan dentro del coste laboral bruto: sería lo mismo, manteniendo intacto éste, elevar los salarios brutos y que las cotizaciones las pagaran íntegramente los trabajadores), lo que equivale a decir es que se trata simplemente de una especie de gran Compañía de Seguros, con la única particularidad de su gestión pública. Lleva razón Jordi Sevilla cuando dice que nos quieren retrotraer a Bismarck, como si Beveridge no hubiera existido.

Desde el punto de vista jurídico-normativo, ese planteamiento doblemente pernicioso –en términos financieros y en términos conceptuales- procede de una mala interpretación del Pacto de Toledo de 1995 y, más concretamente, de su Recomendación Primera sobre “separación y clarificación de las fuentes de financiación”, que comienza diciendo: “La financiación de las prestaciones de naturaleza contributiva dependerá básicamente de las cotizaciones sociales, y la financiación de las prestaciones no contributivas y universales (sanidad y servicios sociales, entre otras) exclusivamente de la imposición general”. Esta recomendación se plasmó, a partir de la reforma de 1997, en el artículo 86.2 de la LGSS, si bien introduciendo la complejidad derivada de la generalizada transferencia de la sanidad y los servicios sociales a las Comunidades Autónomas. Lo que me importa subrayar es la contraposición –generalmente olvidada- entre los adverbios “básicamente” y “exclusivamente”, que modalizan la respectiva atribución a las cotizaciones o a los impuestos generales como fuentes para la financiación de las prestaciones contributivas, por un lado, y de las no contributivas y universales, por otro. Ello no es casualidad. Recordemos que el Pacto de Toledo fue una operación política muy inteligente destinada a contrarrestar el impresionante ataque mediático desatado a comienzos de los años 90 contra la credibilidad de nuestro sistema de Seguridad Social, en una campaña claramente orquestada por los vendedores de Fondos y Planes de Pensiones, instaurados entre nosotros, con poco éxito inicial, a partir de la Ley de 1987. La operación mediática –apoyada también por ciertos estudios académicos- bien se puede calificar como “campaña del miedo”. De aquí a diez o quince años el sistema español de Seguridad Social no podrá pagar las pensiones

comprometidas, así es que mejor vayan ustedes pensando en hacerse un fondo de pensiones: en definitiva, esto es lo que se decía sin el más mínimo rubor.

La respuesta del Pacto de Toledo fue, apoyándose en rigurosos estudios contables, demostrar que bastaría con liberar al sistema de Seguridad Social de la carga de financiar con las cotizaciones una serie de prestaciones (sobre todo las carísimas de la asistencia sanitaria, aunque éstas ya venían financiándose en gran parte mediante transferencias del Estado, pero también los servicios sociales asistenciales y las prestaciones no contributivas), que pasarían a ser sostenidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, para que se despejara por completo todas esas incertidumbres y aún sobraría dinero, razón por la cual se creó el Fondo de Reserva que se nutriría con esos superávits anuales. Y, en efecto, así ocurrió, con resultados tan espectaculares que, incluso tras la crisis en la que estamos inmersos, el Fondo dista aún mucho de estar agotado. Concretamente, en su comparecencia ante la Comisión del Pacto de Toledo el 1/12/2010, el Ministro de Trabajo anunció que en ese año la Seguridad Social tendría de nuevo superávit y que el Fondo de Reserva tenía acumulada la nada despreciable suma de 64.000 millones de euros. Pero, en cualquier caso, los redactores del Pacto de Toledo tuvieron buen cuidado de especificar que la financiación de las prestaciones contributivas se haría “básicamente” con cotizaciones, pero no exclusivamente. Es decir, que si en algún momento son necesarias transferencias desde los Presupuestos Generales del Estado para ayudar a financiar las prestaciones contributivas, ello se puede y se debe hacer. En definitiva: la operación Pacto de Toledo consistió en incrementar la participación del sistema impositivo general en la financiación de la protección social: con carácter inmediato para ciertas prestaciones que se estaban financiando –en alguna medida- con las cotizaciones de la Seguridad Social (asistencia sanitaria, servicios sociales y prestaciones no contributivas); con carácter aplazado en algunos años, para los complementos para mínimos de pensiones; y, eventualmente, si fuera necesario, para financiar en parte las propias prestaciones contributivas (por cierto, no solamente las pensiones de jubilación sino cualesquiera de ellas: por ejemplo, las prestaciones de desempleo, como desgraciadamente hemos tenido ocasión de comprobar a causa de la crisis).

Entender lo contrario –que las prestaciones contributivas y, más concretamente, las pensiones de jubilación, solamente se pueden financiar con las cotizaciones a la Seguridad Social- es no haber comprendido el Pacto de Toledo y, lo que es peor, tener un concepto erróneo de lo que es un sistema de Seguridad Social que, ante todo, es un enorme mecanismo de solidaridad y de redistribución de la renta, en el que tienen que estar comprometidos todos los recursos financieros del Estado y no exclusivamente los recursos procedentes de las cotizaciones. De ese error básico de partida derivan después una serie de ideas confusas que, a su vez, reafirman ese error inicial. Así ocurre cuando se confunde, como hemos dicho ya, contributividad con proporcionalidad entre prestación y cotización, lo que, a su vez, conduce a hacer pensar que cada uno está cotizando para pagarse su propia pensión de jubilación futura, lo cual –teniendo como tenemos un sistema de reparto (los activos pagan las pensiones de los pasivos: solidaridad intergeneracional) y no de capitalización (cada cual ahorra para su propia pensión)- es un verdadero dislate. Una vez en esa pendiente, empiezan a oírse ya propuestas no ya de recomendar los fondos de pensiones como sistema complementario absolutamente voluntario –contra lo que nada hay que oponer- sino de destinar parte de las cotizaciones de cada individuo a unos fondos públicos –o semipúblicos: también se habla de asociar entes privados a su gestión- de carácter obligatorio, con lo cual

introduciríamos una cuña de capitalización en el sistema de reparto, debilitando así el principio de solidaridad, algo muy criticable por mucho que lo hayan hecho los suecos.

Frente a esos planteamientos deletéreos, hay que reafirmar el principio de solidaridad como eje del sistema de protección social –del que la Seguridad Social es su núcleo esencial- y el carácter de obligación básica del Estado que tiene el mantenimiento de dicho sistema, como dice el artículo 41 de la Constitución. Hay que recordar que la financiación por cotizaciones no se opone a la financiación por impuestos dado que, al fin y a la postre, nadie discute ya la naturaleza tributaria de las cotizaciones: lo único que las distingue es que, por su carácter de “impuesto afectado” al pago de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, tienen un alto índice de tolerabilidad –es decir, una menor resistencia a su pago por parte de los ciudadanos- lo cual, junto a su facilidad y seguridad recaudatoria, las convierten en una vía de financiación altamente recomendable, siempre que no se les confiera ese carácter de exclusividad que ya hemos criticado. Y, en fin, hay que subrayar que la llamada “separación de las fuentes de financiación” de las prestaciones contributivas y no contributivas es simplemente un instrumento de “clarificación” (término que estaba en el propio título de la Recomendación Primera del Pacto de Toledo) contable, pero que, en modo alguno, ello significa ni que las prestaciones contributivas no puedan financiarse en parte con otras fuentes de financiación distintas a las cotizaciones, como ya hemos dicho, ni –añadimos ahora- que el principio de solidaridad solamente juegue en el brazo no contributivo del sistema de Seguridad Social (el de las prestaciones no contributivas) o en el de las prestaciones asistenciales y universales (servicios sociales, sanidad) del sistema de protección social en su totalidad. Por el contrario, el principio de solidaridad debe jugar para el conjunto del sistema de Seguridad Social, tanto desde el punto de vista externo (participación en el gasto social general del Estado) como desde el punto de vista interno al propio sistema –y así lo dice expresamente el artículo 2.1 de la LGSS- y, por lo tanto, es perfectamente lógico que existan simultáneamente topes a las pensiones y complementos para mínimos de pensiones. El que estos últimos se financien, como está previsto que se haga, con cargo a transferencias desde los presupuestos generales del Estado solamente significa que hay un trasvase de ese mecanismo de solidaridad interna a la esfera de la solidaridad externa al propio sistema de Seguridad Social.

Dicho todo esto, volvamos para finalizar nuestra reflexión a los análisis catastrofistas sobre el futuro de nuestro sistema de pensiones. En ellos –superando ya el estrecho margen de lo que pueden dar de sí las cotizaciones- es frecuente que aparezca una cifra mágica: si no se lleva a cabo el recorte que se propugna, el coste de las pensiones en el año 2050 representará el 15 % del PIB, lo cual, habida cuenta de que, en números redondos, ahora mismo gastamos en pensiones el 9 % del PIB, será algo insostenible. Dos observaciones empíricas nos pueden servir para empezar a cuestionar esa pretendida insostenibilidad. La primera es que, actualmente, Italia gasta el 15 % de su PIB en pensiones: no se sabe por qué los italianos pueden hacerlo ahora y los españoles no podrían hacerlo en el futuro. La segunda es que, en España, nuestro gasto en pensiones en 1975 representaba el 3 % del PIB y veinte años después ya estaba en el actual 9 % del PIB, es decir, se había multiplicado por tres, sin que ocurriera ninguna catástrofe. Ningún problema debería haber, pues, en multiplicar ese porcentaje, no por 3, sino por 1,6 (que eso es pasar del 9 al 15 %) y no en veinte años sino en cuarenta. Lo que sucedió entre 1975 y 1994 tiene una explicación clara: se había incrementado

mucho el número de pensionistas pero también el PIB, y esta es la clave, como veremos enseguida.

Pero antes es conveniente hacer algunas aclaraciones. Cuando se habla de pensiones, los articulistas suelen referirse a las de jubilación, pero ello no siempre es claro y, a veces, los datos se mezclan incorporando también las pensiones de incapacidad permanente. Lo cual se complica aún más, habida cuenta de que, desde hace algunos años, los pensionistas de incapacidad permanente son “renombrados” como pensionistas de jubilación a partir del momento en que cumplen 65 años, es decir, la edad de jubilación ordinaria. Por otra parte, aunque el año 2050 suele ser el que se toma como punto de referencia para toda suerte de previsiones –cuán largo me lo fiáis!- a veces se utiliza también el año 2040 y otras veces el 2060 sin que, por cierto, cambien mucho las predicciones en unos y otros estudios. Por ejemplo, en la ya citada comparecencia parlamentaria del Ministro de Trabajo del 1/12/2010, afirmó literalmente: “En concreto, la Comisión Europea ha estimado recientemente que España pasaría de gastar un 8,4 % del PIB en pensiones en 2007 a destinar un 15,1 % en 2060”.

Pues bien, por mucho que a alguien le pueda impresionar esa predicción de aumento en el porcentaje del PIB que habrá que destinar a pagar las pensiones de nuestra población inactiva (jubilados solo o también inválidos) dentro de cuarenta (o cincuenta) años, hasta llegar al 15 % (décima arriba o abajo), lo cierto es que lo único verdaderamente importante es cual será el tamaño de ese PIB, es decir, de la tarta que hay que repartir. Lo cual depende, en resumidas cuentas del aumento de la productividad, como ha escrito Vicenç Navarro (“El retraso de las jubilaciones”, Nueva Tribuna, 16/12/2010): “Si el crecimiento anual de la productividad fuera del 2 %, el PIB en 2050 sería 2,20 veces mayor que ahora. Ello quiere decir que si el PIB ahora es 100, en 2050 sería 220. Pues bien, mientras que ahora 9 unidades (el 9 % del PIB) van a pensionistas, en 2050 serían 33 (el 15 % del PIB), y para los no pensionistas, en 2050 serían 187 (220-33), mucho más que ahora, que son 91. Es decir, resultado del incremento de la tarta (más del doble), tanto pensionistas como no pensionistas tendrán muchos más recursos, pues estamos hablando de cantidades monetarias con la misma capacidad de compra en 2010 y en 2050. Es más, es probable que el PIB sea incluso mayor, resultado del crecimiento de la población que trabaja (ahora una de las más bajas de la OCDE). Si en lugar de 52 % fuera 72 % o 75 % el PIB sería incluso mucho mayor. La alarma es totalmente infundada. Lo que el Estado debiera hacer es mejorar la productividad del país y facilitar la integración de la mujer al mercado de trabajo, en lugar de alargar obligatoriamente la edad de jubilación”.

Nada que añadir a esa idea –que, por cierto, tanto el profesor Navarro, catedrático de Políticas Públicas de la UPF o el profesor Juan Torres, catedrático de Economía Aplicada de la US, o como yo mismo, humilde jurista, venimos sosteniendo desde hace años: al menos desde los debates previos a la reforma de 1997- salvo quizás insistir en esto: es completamente rechazable llevar a cabo una reforma “paramétrica”, como ahora se dice, del sistema de pensiones en un momento de crisis económica aguda, en el que hablar, por ejemplo, de crecimientos de productividad anuales del 2 % (que, en realidad, son modestos si se contemplan las series históricas) puede parecer una quimera, lo que nubla por completo la capacidad de análisis y de entendimiento de los problemas. Por eso a mí me gustaría terminar con esta reflexión. Aunque en el 2050 la tarta no hubiera crecido nada y el PIB fuera igual que el actual, ¿acaso si los comensales de más edad son porcentualmente más numerosos que ahora, no tendrán derecho a un

aumento equivalente de su trozo de tarta? ¿Pensamos que nuestros nietos serán tan glotonos que negarán a sus mayores ese derecho? ¿Por qué no dejamos de hacer juegos malabares con las predicciones –siempre incumplidas- y educamos mejor a nuestros hijos y nietos en los valores de la solidaridad?

Y cuando digo “siempre incumplidas”, me refiero no ya a predicciones a muy largo plazo sino a pocos años vista. Por ejemplo –y ahora sí concluyo- también Vicenç Navarro nos recuerda (“Los errores de la sabiduría convencional sobre las pensiones”, Nueva Tribuna 17/1/2011) que la Secretaría General de la Seguridad Social publicó en 1995 un estudio denominado “La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI”. En él se predecía que en el año 1999 habría 3.876.177 pensionistas (así, con esa exactitud) y en 2030, 5.133.383, con la consiguiente y consabida señal de alarma ante lo que se percibía como enorme incremento del gasto, lo que sirvió para justificar la reforma de 1997. Pues bien: en 1999 no hubo esos casi cuatro millones de pensionistas sino 5.182.747, es decir, un número mucho mayor e incluso superior al que se había calculado... para 2030! Y, pese a ello, no ocurrió ninguna catástrofe: en 1999 nuestro sistema de Seguridad Social tuvo superávit. Creo que es razonable que alberguemos un cierto grado de escepticismo sobre tanta predicción supuestamente científica y que lo conveniente es que logremos situar el debate en las coordenadas políticas y jurídicas que les son propias.

APROXIMACIÓN AL NUEVO MARCO JURÍDICO DEL DESCUELGO SALARIAL. DE LAS CLÁUSULAS A LOS ACUERDOS DE INAPLICACIÓN SALARIAL

Alberto Pastor Martínez⁵⁵⁹
Profesor de la Universitat Autònoma de Barcelona

1. La modificación del régimen de inaplicación salarial en el contexto de las reformas laborales. 2. Las fuentes de determinación de la inaplicación del régimen salarial previsto en convenio colectivo. Entre el dialogo con el convenio sectorial o el monólogo del acuerdo de empresa. 3. El régimen causal de la inaplicación salarial. 4. El régimen jurídico del acuerdo de empresa. Sujetos negociadores y procedimiento. 5. Contenido y alcance de los acuerdos de inaplicación. 6. A modo de conclusiones.

1. La modificación del régimen de inaplicación salarial en el contexto de las reformas laborales.

Una de las medidas adoptadas en la reforma laboral de 1994 fue la introducción a nivel legal de la figura de las cláusulas de inaplicación salarial, 16 años después el legislador emprende una reforma de la institución que con el objetivo declarado de «favorecer la efectividad de los procedimientos de inaplicación salarial» supone, como tendremos ocasión de ver, una profunda alteración de su régimen jurídico.

Aunque la previsión de dichas cláusulas ya era una realidad negocial preexistente, la reforma del 94 supuso su generalización *ope legis* en el panorama de nuestra negociación sectorial. Los convenios sectoriales, de forma imperativa⁵⁶⁰, debían de regular, como contenido mínimo, las condiciones y procedimientos por los que podría dejar de aplicarse su régimen salarial en aquellas empresas cuya estabilidad económica diera verse dañada como consecuencia de dicha aplicación. Si el objetivo declarado de aquella reforma fue la introducción de mecanismos de adaptabilidad a lo largo de la relación laboral, de los que las cláusulas de inaplicación salarial eran un ejemplo, la reforma del 2010, como decíamos, pretende favorecer su efectividad a través, según indica su Exposición de motivos, de «una regulación más completa de este procedimiento» y de «la utilización de medios extrajudiciales de solución de discrepancias» que eviten «situaciones de bloqueo no deseadas por el ordenamiento jurídico para estos casos de desacuerdo». Todo ello bajo la lógica de considerar que este tipo de medidas de adaptabilidad de las condiciones de trabajo constituyen la opción

⁵⁵⁹ Miembro del Grup de Recerca Drets dels Treballadors Espanyols i Estrangers. Texto de la comunicación presentada el 10 de marzo de 2011 a la ponencia “Medidas de flexibilidad interna en la empresa”.

⁵⁶⁰ El art. 85.3.c) del TRLET establecía como contenido mínimo de los convenios de ámbito superior a la empresa la determinación de las «condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial que establezca el mismo, respecto de las empresas incluidas en el ámbito del convenio».

preferente y alternativa a las medidas de flexibilidad externa que suponen la destrucción de puestos de trabajo.

Se parte de la idea de que la cláusulas de inaplicación o descuelgue constituyen un mecanismo defensivo idóneo para que a través de la actuación sobre la presión salarial externa derivada de la aplicación del convenio supraempresarial pueda, ya no mejorarse la posición competitiva, sino conseguir la salvaguarda de los niveles de empleo. Una alternativa a la destrucción de empleo que, aunque reseñada por los propios interlocutores sociales al considerar que «la trascendencia del objetivo de preservar el empleo y las dificultades de financiación que atraviesan las empresas justifica la conveniencia de posibilitar la inaplicación de los incrementos salariales del convenio correspondiente a aquellas empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada, como consecuencia de tal aplicación»⁵⁶¹, contrasta con una realidad en la que un elevado número de convenios sectoriales carece de la mencionada cláusula⁵⁶² y en un porcentaje elevado lo hace en términos que en la práctica imposibilitan su efectividad⁵⁶³.

Siendo cierto que la reforma persigue y seguramente conseguirá favorecer la efectividad del mecanismo de inaplicación salarial como mecanismo de adaptabilidad real del régimen salarial, no se ajusta a la realidad la Exposición de motivos cuando afirma que ello se realiza a través de una mera regulación más completa o por la implementación de mecanismos extrajudiciales. Como tendremos oportunidad de comprobar, la Ley 35/2010 no se limita a configurar un régimen jurídico más completo o a incorporar los medios extrajudiciales como vía de solución a los eventuales bloqueos que puedan producirse en la decisión inaplicativa sino que incorpora soluciones que suponen una alteración profunda del régimen legal hasta ahora vigente, incidiéndose en cuestiones de tanta importancia y complejidad como pueden ser la naturaleza de las relaciones entre norma legal, autonomía colectiva y poder de dirección empresarial o la virtualidad de los compromisos arbitrales pactados en convenio colectivo.

2. Las fuentes de determinación de la inaplicación del régimen salarial previsto en convenio colectivo. Entre el dialogo con el convenio sectorial o el monólogo del acuerdo de empresa.

El primero de los aspectos en que se plasma la reforma del art.83.2 del TRLET y seguramente el de mayor trascendencia se refiere al propio marco jurídico regulador del descuelgue. El cambio afecta y de forma sustancial al papel que se atribuye a las distintas fuentes y sujetos en la tarea de determinación de la forma y condiciones en que puede producirse la inaplicación del convenio de referencia.

⁵⁶¹ Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012

⁵⁶² En el ámbito de Catalunya sólo un 61% según datos de FALGUERA BARÓ, M., *La flexibilitat contractual en la negociació col·lectiva de catalunya: especial anàlisi del temps de treball y les competències organitzatives de l'empresari*, pág. 16, ejemplar policopado.

⁵⁶³ En este sentido MERCADER UGUINA, J.R., "Salario y negociación colectiva", en CAMPS RUIZ, L.M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. Y SALA FRANCO, T. (Coord.), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 (consultada versión electrónica) afirma que "La excesiva rigidez que caracteriza su procedimiento hace de las mismas un instrumento poco funcional en contextos de crisis económica que debiera ser, precisamente, el momento en el que las mismas obtuvieran su máxima funcionalidad"

Con el régimen vigente hasta la modificación operada en 2010 la inaplicación del régimen salarial establecido en la negociación sectorial era una cuestión que se ubicaba esencialmente en el propio convenio sectorial que había de ser inaplicado. Ciertamente, la ley, establecía como contenido mínimo de los convenios sectoriales, la regulación de las condiciones y procedimientos por los que podría dejar de aplicarse su régimen salarial en aquellas empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de dicha aplicación, pero eran los propios convenios cuya eficacia normativa y general pretendía excepcionarse, los que habrían de determinar en qué supuestos y bajo qué forma y condiciones habría de realizarse. El papel del legislador se “limitaba” a imponer la necesidad de que dicha regulación se realizase en todos los convenios sectoriales a través de la configuración como contenido mínimo de las «condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial que establezca el mismo»⁵⁶⁴ y adicionalmente, y en cierta contradicción con el carácter de contenido mínimo que se atribuía a la regulación del descuelgue, establecía establecer un régimen o marco jurídico subsidiario que garantizaba que, a través del acuerdo de empresa, se pudiese operar el descuelgue en aquellos supuestos en los que el convenio sectorial, incumpliendo el mandato del propio art.82.3 del TRLET, no hubiese establecido un procedimiento de descuelgue.

El legislador establecía como contenido mínimo del convenio el descuelgue, pero éste era el soberano en la determinación de las condiciones y los procedimientos con la única salvaguarda de que se produjese en «empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación». Sólo si los negociadores hacían dejación de aquella tarea reguladora, fuese por no existir acuerdo sobre el contenido de la cláusula o por cualquier otra razón, la efectividad de éste pasaba al contenido del eventual acuerdo «entre el empresario y los representantes de los trabajadores cuando así lo requiera la situación económica de la empresa». Un régimen subsidiario en el que de nuevo, los sujetos negociadores del ámbito superior a la empresa tenían un papel relevante al establecerse que fuese la comisión paritaria del convenio sectorial “afectado” la que interviniese en aquellas hipótesis en las que no se pudiese alcanzar, por discrepancias, el acuerdo de empresa sobre el descuelgue y el régimen salarial alternativo.

La situación experimenta un importante cambio en la nueva redacción del art. 82.3 del TRLET. En el nuevo texto desaparece cualquier referencia a la negociación sectorial como fuente reguladora de las condiciones y procedimientos de inaplicación del régimen salarial, identificándose exclusivamente al acuerdo de empresa como la vía de determinación de la inaplicación salarial «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». Sin duda, la omisión de cualquier llamamiento a la negociación de ámbito superior en la regulación de esta cuestión, con la derogación de este aspecto del contenido mínimo del art. 85.3

⁵⁶⁴ La Ley 35/2010 coherentemente con la nueva regulación del descuelgue ha derogado este aspecto del contenido mínimo del convenio en el art. 85.3 del TRLET para sustituirlo, como se verá, por una referencia a la necesidad de establecer «procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de conformidad con lo establecido en el artículo 41.6 y para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3 , adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tales artículos»

del TRLET, y la única referencia al acuerdo de empresa sitúan ahora el centro de gravedad en el acuerdo de empresa. Y ciertamente el nuevo art. 82.3 efectúa una regulación muchos más completa del mismo, tanto en sus aspectos procedimentales como de contenido, que trata de favorecer su adopción cuando se den las condiciones que justifican la inaplicación del régimen salarial sectorial. Lo que no resulta ya tan claro, a nuestro juicio, es cual puede ser la intervención de la negociación colectiva sectorial en la determinación del marco jurídico en el que debe de operar el descuelgue. Las opciones, siguiendo un símil teatral serían que ese mayor protagonismo del acuerdo se tradujese en un monologo del acuerdo en la determinación del descuelgue o bien la introducción de más voces en un dialogo entre el convenio sectorial y el acuerdo de empresa.

La omisión de cualquier referencia a la negociación sectorial en la tarea de determinar las condiciones y procedimientos de inaplicación y el establecimiento legal del procedimiento y causas ha sido interpretado mayoritariamente como expresivo de la voluntad legislativa de configurar un régimen de descuelgue imperativo y estanco a eventuales regulaciones colectivas restrictivas o moduladoras de la posibilidad de inaplicación vía acuerdo de empresa⁵⁶⁵. De esta forma, la regulación del descuelgue

⁵⁶⁵ En este sentido ALFONSO MELLADO, C.L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad”, en *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 132 afirma que “la nueva regulación cambia radicalmente de orientación, reduciendo considerablemente el papel atribuido a la negociación colectiva, que se centra en establecer previsiones sobre la solución de los desacuerdos, mientras que en todo lo demás es la norma legal la que regula directamente el procedimiento y condiciones del descuelgue salarial, excluyendo la negociación colectiva en la materia”. En sentido similar CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, nº 21, ed. La Ley, Madrid 2010 (consultada versión electrónica), tras afirmar que “se percibe un cambio de orientación notable por parte del legislador respecto del reparto de roles entre los diversos ámbitos de la negociación colectiva, lo que puede introducir cambios no menores en el protagonismo de los distintos niveles negociales” indica que “en definitiva, la Ley delega en todo al acuerdo de empresa: la valoración de las causas concurrentes justificativas de la medida, la decisión de efectuar el descuelgue, el sometimiento al procedimiento de mediación o arbitraje, el régimen retributivo alternativo a percibir por los trabajadores de la empresa afectados por el descuelgue, la vigencia temporal del descuelgue, la programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio sectorial, las posibles contrapartidas como compromisos asumidos por la empresa a los perjuicios económicos derivados del descuelgue sobre la premisa con anterioridad indicada de que el descuelgue incluye un implícito compromiso de mantenimiento de empleo mientras rija. Tan pobre es el protagonismo atribuido por la Ley al nivel sectorial en materia de descuelgue, que se limita a establecer la necesidad de que el acuerdo de empresa por el que se decide el descuelgue deberá ser notificado a la Comisión paritaria del convenio sectorial”. También MERCADER UGUINA, J.R., “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010” en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., *La reforma del mercado de trabajo*, ed. Lex Nova, Valladolid 2010, indica que “la reforma laboral ha prescindido, afortunadamente, de esa intervención del convenio de sector, y ha remitido directamente al nivel de empresa la definición del régimen y condiciones de tal descuelgue. Tal opción resulta netamente favorable para impulsar una más flexible adaptación a la realidad económica de cada 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». Desaparece, así, la intervención tutelar del convenio sectorial, cuyo carácter disfuncional resultaba, en muchos casos, más que evidente” (pág. 190) añadiendo que “la opción que finalmente ha visto la luz supone una abierta y franca apuesta por la negociación de empresa y por la eliminación del papel vertebrador del convenio sectorial en la definición, diseño y control de los descuelgues salariales” (pág. 192). Asimismo SANCHEZ LLANO, M., “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 22, ed. La Ley, Madrid 2010 (consultada versión electrónica), con una visión limitada del papel a desarrollar por la negociación sectorial considera que “la reforma no ha desplazado completamente a la negociación colectiva supraempresarial por cuanto puede contener previsiones sobre mecanismos de solución pacífica de las desavenencias que puedan surgir en el proceso de negociación del descuelgue”.

efectuado en el art. 82.3 del TRLET se configuraría como una norma de derecho necesario absoluto que no podría ser modificada por la negociación sectorial, que tendría vedada cualquier posibilidad de establecer un régimen jurídico modulador de las causas y condiciones en que debiera realizarse aquella inaplicación.

Se considera que el legislador ha querido garantizar, con las únicas limitaciones causales y procedimentales establecidas por la ley, la soberanía del acuerdo de empresa en el descuelgue. Evitando, de este modo, que la negociación colectiva sectorial pueda estipular condiciones restrictivas a dicha inaplicación o límites a respetar en la determinación del nuevo régimen salarial. Al respecto, conviene tener presente que la praxis negociadora desarrollada revela como en no pocas ocasiones los convenios sectoriales han configurado regímenes de inaplicación que por su excesiva rigidez causal o procedimental devenían prácticamente inoperables y poco funcionales⁵⁶⁶. Como reacción a esa situación, se considera que el RDL 10/2010 y la Ley 35/2010 configuran un acuerdo de empresa que respetando la causalidad y los límites establecidos exclusivamente en la ley, tendría plena capacidad para determinar las condiciones en que habrá de producirse en su ámbito la inaplicación del convenio sectorial y la configuración del nuevo régimen salarial.

Al margen de cual haya de ser nuestra opción interpretativa, enseguida argumentada, cabe destacar que la interpretación desarrollada del nuevo art. 82.3 del TRLET y del espacio atribuido en la misma a la negociación colectiva sectorial se asienta en argumentos sólidos y diversos. Así, la ausencia de cualquier referencia a la función reguladora del convenio sectorial, la eliminación de esta materia del contenido mínimo del convenio y su sustitución por una única referencia al establecimiento de procedimientos de solución de discrepancias previsto en el art. 85.3.c) del TRLET, en contraste, la prescripción expresa de un único límite derivado del contenido del convenio sectorial, –cuando se refiere a la imposibilidad de que el acuerdo suponga «el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género»– contribuyen a considerar la marginación del convenio sectorial en la determinación de las condiciones de descuelgue.

Una conclusión que, adicionalmente, guardaría coherencia con el valor que se atribuye al acuerdo de empresa respecto a la causalidad de la inaplicación y la marginación que ha sufrido la comisión paritaria en la eventual resolución de las discrepancias que pudiesen existir en la determinación de la inaplicación⁵⁶⁷. Así, en relación al primer aspecto, cabe notar que la presunción de causalidad que se reconoce

De manera más matizada SEMPERE NAVARRO, A.V. y MÉLENDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Convenios colectivos y descuelgue salarial”, *La Reforma Laboral de 2010*, en AA.VV. (Dir. A.V. SEMPERE NAVARRO, Coord. R. MARTÍN JIMÉNEZ), ed. Aranzadi Thompson Reuters, Navarra 2010, pág. 47 y ss.

⁵⁶⁶ Aunque ha de destacarse con ALFONSO MELLADO, C.L., “Las actuaciones...”, ob.cit., pág. 132, que “*lo cierto es que las regulaciones convencionales en la materia habían sido muy desiguales y así, frente a convenios que regulaban en términos razonables la posibilidad, otros eran en extremo rígidos y prácticamente impedían el descuelgue, exigiendo, por ejemplo, que sólo se produjese si la comisión paritaria lo admitía por unanimidad*”.

⁵⁶⁷ Nótese que el nuevo redactado prescinde de las previsiones que se contenían en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2012 respecto al compromiso, además de facilitar la inaplicación salarial en la negociación colectiva, de potenciar el papel de las comisiones paritarias, marginando de nuevo el papel de los interlocutores sectoriales.

al acuerdo de empresa se refiere expresamente a las causas justificativas «a que alude el párrafo segundo». De forma, que habría que entender que el acuerdo de inaplicación debería de presumirse ajustado al régimen causal con independencia de aquello que hubiera podido establecerse a nivel sectorial.

También una interpretación teleológica del art. 82.3 del TRLET abundaría en la dirección de limitar la capacidad de la negociación sectorial en la determinación de las condiciones de descuelgue, y atribuir esta decisión al acuerdo de empresa con las únicas limitaciones establecidas en la ley al resultar plenamente coherente con la finalidad favorecedora de la efectividad de los procedimientos de inaplicación salarial que, según la propia Exposición de motivos de la Ley 35/2010, inspira las reformas introducidas en el art. 82 del TRLET.

Cabe sin embargo, a nuestro juicio, realizar una interpretación más matizada de la nueva regulación en la que al tiempo que se garantiza que el procedimiento de descuelgue sea un procedimiento efectivo de adaptación a las necesidades empresariales, en el que el protagonismo principal, radique por ello en el acuerdo de empresa, se mantenga un cierto papel de la negociación sectorial en la regulación de las condiciones en que ello tenga que producirse. Razones de orden constitucional, sistémico e incluso funcionales nos llevan a tal conclusión.

Y es que a nuestro juicio, la marginación de la autonomía colectiva sectorial que se opera no debe de ser, a nuestro juicio, confundida con la negación de cualquier posibilidad de actuación de ésta. Una cosa es que la Ley asuma un mayor protagonismo en la regulación del descuelgue efectuando una regulación más completa del descuelgue, que no hace necesaria la regulación sectorial, y prescriba al acuerdo de empresa como el cauce de determinación del descuelgue y otra, bastante distinta, es negar cualquier capacidad de incidencia de la negociación sectorial. Así, y aunque parece que se ha querido garantizar que el acuerdo de empresa pueda determinar tanto la inaplicación, sin mayores límites que la amplia habilitación causal establecida en la ley, como la especificación del nuevo régimen salarial, sin otro límite que la necesidad de respetar los mecanismos de corrección convencional previstos para hacer frente a la discriminación salarial por razón de género, no creemos que ello pueda ser equiparado con una prohibición de negociar, en cualquier caso, condiciones o límites al descuelgue salarial. La libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios y el propio derecho constitucional a la negociación colectiva exigen interpretar de manera limitada las restricciones al ejercicio de este derecho. A nuestro juicio, aspectos como la especificación de las causas que habilitan el descuelgue o la concreción de determinados aspectos procedimentales pueden ser objeto de una regulación complementaria por la negociación sectorial.

La existencia, en nuestra *praxis* negociadora, de regulaciones convencionales que hayan desbordado lo razonable no debe ser abordada prohibiendo el ejercicio de un derecho constitucional, máxime cuando dicha prohibición o limitación no aparece en forma expresa como exigirían elementales exigencias de técnica jurídica, sino a través de la impugnación de aquellas cláusulas concretas que desbordan la legalidad. Es aquí donde la nueva regulación puede ser más efectiva que la anterior al precisar aspectos que antes no eran abordados por la ley y que por ello el convenio podía configurar con libertad casi absoluta. Ahora, la regulación legal de aspectos vinculados al procedimiento, la atribución al acuerdo de empresa la decisión de inaplicación, la

prescripción legal de aspectos referidos al contenido de los acuerdos de inaplicación, a su duración o a los mecanismos de resolución de las situaciones de *impasse* negociador van a imponerse a la regulación que pueda desarrollarse en la negociación sectorial y configuran un marco jurídico más preciso.

Una tarea de concreción que, a nuestro juicio, deviene aún más necesaria y precisa cuando la inaplicación, como consecuencia del bloqueo en la negociación del acuerdo de empresa, derive de un método heterocompositivo como pueda ser el arbitraje que se puede prever en un acuerdo interprofesional al hilo de lo previsto en el art. 85.3.c) del TRLET. En este caso, y como elemento de juridificación del conflicto de intereses que va a tener que resolverse en el marco del procedimiento arbitral no creemos que pueda negarse al convenio sectorial la posibilidad de, por ejemplo, especificar las causas de inaplicación o los parámetros mínimos a los que tenga que ajustarse el nuevo régimen salarial a decidir por el árbitro.

3. El régimen causal de la inaplicación salarial

El régimen causal que permite la inaplicación del régimen salarial también ha sido objeto de modificación en la reforma laboral de 2010 que a estos efectos establece una regulación más detallada. Sin que podamos entrar en el análisis concreto de la variada casuística susceptible de ser enjuiciada desde la perspectiva de su idoneidad para justificar el descuelgue si que interesan destacar los aspectos más relevantes⁵⁶⁸. Así, donde antes se permitía a las «empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación» o «cuando así lo requiera la situación económica de la empresa», ahora se va a permitir «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».

Una regulación más completa que se ha querido ver como expresiva de la imposibilidad de la negociación sectorial de efectuar una regulación en la materia⁵⁶⁹. En coherencia con lo dicho en el anterior epígrafe, no creemos que la regulación legal más precisa impida su concreción convencional siempre y cuando ésta respete los perfiles diseñados por el legislador y no restrinja el espacio que éste crea al acuerdo de empresa. La regulación más precisa habrá de servir para delimitar con mayor precisión el presupuesto aplicativo del acuerdo de empresa de inaplicación y, en su caso, acotar el alcance de la regulación que pudiera efectuarse a nivel sectorial concretando aquellas causas.

⁵⁶⁸ Puede verse un análisis más preciso en SEMPERE NAVARRO, A.V. y MÉLENDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Convenios colectivos y descuelgue...”, ob.cit., pág. 50. O previamente a la reforma, entre otros, AGUT GARCÍA, C., *La cláusula de descuelgue salarial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999; SANGUINETTI, W., *La inaplicación parcial del contenido del convenio colectivo*, ed Tirant lo Blanch, 2000.

⁵⁶⁹ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las actuaciones...”, ob.cit. pág. 134

Dos son los elementos que se introducen⁵⁷⁰ de forma expresa al referirse a la causa, sin perjuicio, de la importantísima referencia a la presunción de causalidad que se reconoce al acuerdo de inaplicación. En primer lugar, la referencia a la «situación y perspectivas económicas» de la empresa, en lugar de la estabilidad económica, como elemento al que referir la situación de daño que puede generar la aplicación del régimen salarial sectorial, y de otro, siguiendo esquemas apuntados por la doctrina judicial y la negociación previa, el legislador exige que el daño implique una afectación a las posibilidades de mantenimiento del empleo.

La referencia a la «situación y perspectivas económicas» de la empresa, en lugar de la estabilidad económica, parece permitir una más amplia habilitación que la previa exigencia de que el daño afectase a la estabilidad económica, justificando la inaplicación en situaciones económicas empresariales menos excepcionales o graves. Es más, la mención a «las perspectivas económicas» podría ser leída como una habilitación a descuelgues de tipo preventivo cuando de los resultados económicos negativos de la empresa se pudiera inferir la dificultad de mantener el empleo en la misma. Ha de tenerse en cuenta que el segundo elemento incorporado, la afectación a las posibilidades de mantenimiento del empleo, compensa aquella ampliación de la habilitación causal con la exigencia de que el daño a la situación o perspectivas económicas de la empresa pueda afectar a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma.

Se ha señalado que de manera paradójica con la voluntad de lograr una mayor efectividad en el régimen de inaplicación salarial, la nueva regulación es más exigente al redactar los presupuestos para que opere la inaplicación⁵⁷¹. A nuestro juicio, ello puede resultar más aparente que real, pudiendo devenir más un elemento de justificación formal que una limitación operativa, en función de cómo sea valorada por los Tribunales la **presunción de causalidad** que ha configurado a reforma.

Y es que no es posible entender el alcance del régimen causal sin atender a ese elemento que configura la operatividad de la causa. El art. 82.3 del TRLET ha querido consignar expresamente los efectos que se derivan de la obtención de un acuerdo de empresa relativo a la inaplicación salarial, así se nos dice que cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión⁵⁷². La presunción de concurrencia de las causas que se infiere del mero acuerdo plantea la cuestión del alcance que deba de dársele. Estamos ante una presunción *iure et de iure*, que no admite prueba en contrario por aquel que lo impugne, o, por el contrario, ante una presunción *iuris tantum*. Sin duda, resulta esta una cuestión controvertida y de compleja determinación que a la postre incidirá directamente, como decíamos, en la operatividad de las causas. Sin duda, la opción interpretativa a favor de su consideración

⁵⁷⁰ El tenor literal es el que sigue: «Sin perjuicio de lo anterior, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (...) se podrá proceder, previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar el 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».

⁵⁷¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MÉLENDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Convenios colectivos y descuelgue...”, ob.cit., pág. 50.

⁵⁷² Ha de destacarse que la referencia a la presunción de la concurrencia causal se introdujo *ex novo* por la Ley 35/2010, no apareciendo en el RD Ley 10/2010.

como una presunción *iure et de iure* deviene una garantía en la efectividad de los acuerdos de empresa que restarán blindados salvo la existencia de «fraude, dolo, coacción o abuso de derecho»⁵⁷³, sin embargo, a nuestro juicio, la efectividad del derecho a la tutela judicial y la necesidad de dotar de significado real a las causas legales que habilitan al descuelgue son argumentos que abogan por una interpretación, como punto de equilibrio entre la voluntad de potenciar la inaplicación y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en términos de presunción *iuris tantum*⁵⁷⁴.

Por ultimo, conviene remarcar que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, sujeta la valoración de la causalidad a una elevada vaguedad que, si bien ya existía con anterioridad, ahora deviene más relevante, en primer lugar, por negarse, en opinión dominante, a la negociación sectorial la posibilidad de efectuar una tarea de concreción y, en segundo lugar, porque con el actual marco jurídico la determinación del descuelgue en los supuestos de ausencia de acuerdo a nivel de empresa podrá efectuarse, por obra de un acuerdo interprofesional, a través de un arbitraje vinculante.

4. El régimen jurídico del acuerdo de empresa. Sujetos negociadores y procedimiento.

La determinación de los **sujetos** con competencia para decidir la inaplicación del régimen salarial y el establecimiento de uno alternativo constituye el tercero de los aspectos en los que la reforma ha incidido. Si antes ésta era una cuestión que la ley remitía, en primera instancia, a la negociación sectorial, que podía identificar los sujetos, y supletoriamente al acuerdo entre el empresario o los representantes de los trabajadores, o, en defecto de acuerdo, a la Comisión Paritaria del convenio sectorial, el nuevo redactado atribuye la competencia, en primera instancia, al «acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87». Diversas son las cuestiones que merecen de un comentario específico en relación a esta cuestión.

⁵⁷³ Esta es, la opción interpretativa de CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna...”, ob.cit., (consultada versión electrónica), cuando tras afirmar que en caso de silencio legal, la regla general debe ser interpretar que nos hallamos ante una presunción *iuris tantum*, por la más débil en cuanto a su impacto, considera que, en este caso, “*la finalidad legal y el fuerte valor jurídico atribuido a las expresiones de la autonomía colectiva entre la que se encuentran los acuerdos de empresa, derivarían en limitar el control judicial de la validez de los pactos colectivos por ausencia de causa justificativa. Al final en este caso, la solución vendría por la vía de deducir que lo que la Ley hace nos es otra cosa que presumir la concurrencia de las causas, salvo que quede constatada la presencia de dolo, coacción o abuso de derecho, que son factores exógenos a las causas, con lo cual de manera implícita la norma viene a entender que nos enfrentamos esencialmente a una presunción iuris et de iure*”

⁵⁷⁴ De la misma opinión, ALFONSO MELLADO, C.L., “Las actuaciones para...”, ob.cit., señala que “*En todo caso, aunque la norma legal intente limitar las posibilidades de reexaminar la causalidad, en mi opinión no debe considerarse cerrada esa posibilidad de análisis. La modificación es causal y por tanto un acuerdo no amparado en causa debería ser tildado de fraudulento o, cuando menos, de abusivo y, en consecuencia, podría ser impugnado judicialmente. No creo pues que la norma realmente limite o excluya la posibilidad de que judicialmente se examine si existe causa o no para la modificación, pero no indica ello que no tenga consecuencias importantes. La previsión legal las tiene pues lo que hace es, no impedir, pero sí dificultar esas impugnaciones al operar esencialmente sobre la carga probatoria, estableciendo en los supuestos analizados una presunción probatoria a favor de la existencia de causa y, por tanto, desplazando la carga probatoria sobre la parte que cuestione la existencia de la citada causa*”.

Así, en primer lugar, ha de ser resaltado que la competencia se atribuye al acuerdo de empresa en primera instancia. Ello supone que el convenio sectorial no puede establecer que la inaplicación dependa de la decisión de otros sujetos, y ello “ni por arriba” (por ejemplo, atribuyéndosela a la comisión paritaria del convenio sectorial) “ni por abajo” (por ejemplo, a través de su referencia al acuerdo entre la empresa y los trabajadores individualmente considerados⁵⁷⁵). El acuerdo de empresa deviene ahora la llave de paso principal, si bien no única por cuanto se prevén mecanismos alternativos para los supuestos de falta de acuerdo, para que se pueda producir la inaplicación del convenio sectorial de referencia.

En segundo lugar, se establece que la legitimación para negociar este tipo de acuerdo de empresa corresponde, por parte de los trabajadores, a «los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1» y no simplemente, como se decía con anterioridad a la reforma, a los representantes de los trabajadores. Se quiere que el descuelgue se opere por sujetos que cumplan los mismos requisitos de legitimación que se necesitarían para negociar un convenio colectivo estatutario de empresa, negándose la posibilidad, de esta forma, de que un convenio sectorial estatutario pueda dejar de ser aplicado por un acuerdo de empresa acordado por una representación sindical minoritaria en el órgano de representación unitario de la empresa. Una exigencia de legitimación reforzada que parece apropiada si se tiene en consideración la afectación que este tipo de acuerdos supone para la eficacia normativa y *erga omnes* del convenio sectorial afectado.

En tercer y último lugar, aunque con una importancia destacadísima, por lo que puede suponer para la aplicación efectiva del mecanismo de flexibilización que estudiamos, sobretudo en contextos de pequeñas y microempresas, se prevé la posibilidad de que en los **supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores** en la empresa, éstos puedan atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el art. 41.4 de la misma norma⁵⁷⁶. La Ley trata de asegurarse de que en todo caso existan sujetos que puedan desarrollar la negociación evitando que la ausencia de representantes pueda impedir la negociación conducente a la inaplicación⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V. y MÉLENDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Convenios...”, ob.cit., pág. 53, al afirmar “que el mecanismo de descuelgue constituiría una materia prohibida para el pacto individual; comporta una renuncia de derechos, prohibida por el art. 3.5 ET y concordantes, el que un trabajador acepte que los salarios del convenio no se le aplican en determinadas hipótesis no reguladas legalmente”.

⁵⁷⁶ De “problema clásico en nuestro sistema de relaciones laborales” habla MERCADER UGUINA, J.R., para referirse al que se produce por la inexistencia de representación legal de los trabajadores en la empresa.

⁵⁷⁷ Esta era la hipótesis a la que hacía frente la STSJ Las Palmas 29 de mayo de 2008 (AS 2008/1600). En ella se consideró que en tales supuestos no cabía la inaplicación salarial “sin que desde luego pueda sustituir este requisito la firma de un acuerdo plural del empresario con cada uno de sus trabajadores”. Una solución contradictoria con la mantenida por la STSJ del País Vasco de 9 de junio de 2009 (JUR 2009/370672) en la que se establecía “Pues bien, la empresa ha cumplido los requisitos exigidos en la norma convencional para proceder a aplicar válidamente la cláusula de referencia. Así, lo ha comunicado a los trabajadores que se hallaban en activo en el momento de publicación del Convenio, así como a la Comisión Mixta, y ha logrado un acuerdo al respecto con los dos trabajadores que quedaban en plantilla en el momento de alcanzar ese acuerdo. No cabe exigir la comunicación a una representación de los trabajadores que no existe, ya que ello haría que la cláusula de inaplicación o descuelgue salarial devenga inaplicable en empresas de la dimensión de la demandada, quedando esta

Sin que podamos entrar en el análisis de todas las cuestiones que este mecanismo plantea, interesa aquí reseñar alguno de los elementos novedosos y/o controvertidos que se plantean al hilo de esta cuestión. Así, en primer lugar, debe reseñarse que aquí, a diferencia, de lo que acontece en el ámbito del art. 41.4 del TRLET, nos hallamos ante una facultad de los trabajadores cuyo no ejercicio no puede suponer que la empresa pueda decidir unilateralmente la inaplicación salarial. La utilización de los términos «podrán atribuir» y la naturaleza de la modificación que se produce en este contexto, inaplicación de un convenio sectorial estatutario, abogan por considerar que la ausencia de designación de una comisión en los términos del art. 41.4 sea tratada como un supuesto de falta de acuerdo a solventar a través de los procedimientos que se hayan podido prever en los acuerdos interprofesionales para dichas hipótesis. No son admisibles, ahora sí de forma clara, hipótesis en las que ante la negativa de los trabajadores a negociar un convenio d descuelgue quepa atribuir al empresario la facultad unilateral de descolgarse del convenio⁵⁷⁸.

En relación al **procedimiento** para efectuar la inaplicación del régimen salarial sectorial, y dejando al margen las cuestiones ya referidas respecto al régimen causal y a los sujetos, cabe destacar que la regulación más completa que se contiene en la nueva redacción del art. 83.2 del TRLET se caracteriza, a nuestro juicio, por estar focalizada claramente a una mayor efectividad de este mecanismo de adaptación de las condiciones de trabajo. Ello se consigue básicamente a través de dos novedades. En primer lugar, la equiparación procedimental del descuelgue al régimen previsto para la modificación sustancial de condiciones de trabajo colectivas del artículo 41 del TRLET y, en segundo lugar, a través de obligación de negociar, en el marco de acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias que se pudieran generar en la negociación de los acuerdos de inaplicación.

Ha de destacarse, no obstante, que la introducción de estos dos elementos no agota sus efectos en el ámbito meramente procedimental por cuanto supone, a nuestro juicio, una profunda alteración del régimen jurídico de la institución que puede afectar incluso a su naturaleza cuando el mismo acabe realizándose a través de un arbitraje obligatorio. Sin que podamos entrar ahora con mayor profundidad en el análisis de esta cuestión, interesa destacar que el descuelgue ha pasado de ser un procedimiento de negociación a un periodo de consultas, –así se refiere expresamente a él, el pfo. 1º del art. 82.3 del TRLET–, que aunque focalizado a la obtención de un acuerdo no va a

exigencia adecuada y válidamente sustituida por la comunicación a todos los trabajadores de la empresa”.

⁵⁷⁸ Era esta la hipótesis que se planteaba en la STSJ Galicia de 26 de enero de 1996 (AS 1996/13) y en la que se reconoció la facultad unilateral del empresario de realizar el descuelgue unilateralmente por considerarse que “*de mantenerse lo contrario se dejaría al arbitrio de una de las partes la posibilidad de dejar sin aplicación una de las cláusulas del Convenio, pues bastaría, como ocurre en el caso de autos, que pese a los reiterados cumplimientos de la empresa en orden a seguir el procedimiento establecido en el repetido Convenio, para tratar de negociar con sus trabajadores el tratamiento salarial diferenciado que se adecue a las condiciones económicas por las que aquélla atraviesa, el que dichos trabajadores desconvoquen la reunión prevista, como es el caso, para negociar dicha cuestión, o evitar simplemente la consecución de acuerdo. Pero es que a mayor abundamiento, el hacer depender la efectividad de una cláusula de descuelgue, de la obtención de un resultado en la negociación, como condición indispensable para la aplicación de aquélla, supone una trasgresión de la buena fe y contraría lo establecido en el artículo 1119 del Código Civil que, al regular las obligaciones condicionales establece que se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento”.*

requerir de éste por cuanto su ausencia va a poder ser suplida a través de mecanismos alternativos entre los que se prevé un eventual arbitraje obligatorio acordado por sujetos no necesariamente coincidentes con los sujetos directamente afectados.

En relación a las condiciones en que ha de desarrollarse el periodo de consultas, el art. 82.3 del TRLET, como hemos indicado, se remite prácticamente en bloque al art. 41.4 respecto a las condiciones en que ha de desarrollarse⁵⁷⁹. Siendo este el precepto, que de esta forma, regulará cuestiones como la duración de las consultas (15 días), el objeto (causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados) o las condiciones de desarrollo (deber de negociar de buena fe). Asimismo, y como ya tuvimos ocasión de señalar, en dicho precepto encontraremos el marco normativo al que ha de ajustarse la designación de la comisión que ha de negociar en aquellas hipótesis en las que no exista representación legal de los trabajadores en la empresa.

Donde más claramente se refleja la voluntad de garantizar la efectividad operativa del procedimiento de inaplicación salarial previsto en el art. 82.3 del TRLET es en la previsión que se efectúa de una obligación de negociar, en el marco de acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, «procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva» las discrepancias que se pudieran generar en la negociación de los acuerdos de inaplicación, «incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91».

Para finalizar con el régimen procedimental, destacar que nos encontramos ante unos acuerdos muy poco formalizados. El único requerimiento formal exigido por el art. 82.3 del TRLET es el de la notificación del acuerdo a la Comisión paritaria del convenio. A nuestro juicio, exigencias vinculadas al principio de seguridad jurídica harían necesaria asimismo la forma escrita. Al respecto, téngase en consideración que el acuerdo va a tener una eficacia general en su ámbito de aplicación, no limitando sus efectos a los sujetos firmantes, y que la propia ley exige que determinados contenidos figuren con exactitud (es el caso de la retribución a percibir por los trabajadores). Destacar que la Ley no ha previsto la obligatoriedad de inscripción en el Registro de convenios de este tipo de acuerdos, sin perjuicio de que los mismos sean inscribibles en base a la amplia habilitación contenida en la letra h) del art. 2 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo al establecer que será objeto de inscripción «Cualquier otro acuerdo o laudo arbitral que tengan legalmente reconocida eficacia de convenio colectivo o que derive de lo establecido en un convenio colectivo».

⁵⁷⁹ La calificación del mismo como un periodo de consulta supone que quepa aplicar subsidiariamente, en lo no previsto en el ámbito del art.83.2 del TRLET, el marco jurídico general previsto para este tipo de procedimientos en el art. 64 del TRLET. Siendo a estos efectos a nuestro juicio de suma importancia la obligación de empresarial de facilitar «la información en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe» (art. 64.6 del TRLET).

5. Contenido y alcance de los acuerdos de inaplicación.

En relación al contenido de los acuerdos de inaplicación, la actual regulación presenta un contenido mucho más completo que la precedente que dejaba tal cuestión básicamente en manos de la negociación colectiva sectorial. Tres son las prescripciones que se contienen en el nuevo art. 82.3 del TRLET. Así, en primer lugar, se establece la obligatoriedad de que dicho acuerdo determine «con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa». Una previsión que, además de tratar de evitar las dudas que se habían planteado en aquellas hipótesis en las que el acuerdo de empresa se limitaba a decidir la inaplicación pero sin determinar el nuevo régimen salarial⁵⁸⁰, constituye una garantía para que la utilización de este procedimiento de inaplicación no devenga una vía para, por ejemplo a través del recurso a la autonomía individual en masa, individualizar la fijación del régimen salarial.

La Ley, en segundo lugar, prevé asimismo que el acuerdo pueda, parece que aquí es facultad de los negociadores determinarlo, establecer, «en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación».

Por último se establece que ni el acuerdo de inaplicación ni la programación de la recuperación de las condiciones salariales podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género⁵⁸¹. Una última limitación que se explica desde la voluntad de que el descuelgue no pueda suponer un freno en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres pero el legislador ha limitado a «las obligaciones establecidas en convenio» sin una más amplia referencia a los planes de igualdad.

Finalmente, ha de destacarse que el contenido de dichos acuerdos tendrá un carácter eminentemente limitado y ello no sólo por que la finalidad de los mismos, evitar una situación negativa de la empresa que dañe la estabilidad de la empresa a través de la inaplicación del régimen salarial sectorial condicione todo el procedimiento negociador sino por lo que cabe denominar como límites estructurales derivados del régimen legal de concurrencia de convenios. No cabe olvidar que los acuerdos de inaplicación constituyen una de las excepciones a la prohibición de concurrencia de convenios establecida en el art. 84 del TRLET. La prohibición de afectación al convenio anterior en el tiempo, en este caso el sectorial cuyo régimen salarial se pretende inaplicar, encuentra en el marco del 82.3 del TRLET una de sus excepciones que precisamente por ese carácter excepcional debe ser interpretada en sus justos términos y permitir únicamente la afectación en materia salarial. Esta limitación material, sin embargo, no ha de ser interpretada en sentido absoluto por existir otras vías que permitirían que la afectación se produjese en otros ámbitos materiales. Lo que queremos recalcar es que técnicamente el art. 82.3 del TRLET únicamente permite dejar de aplicar el régimen salarial y no otras materias. Sí lo que se pretende es, dentro de una política más amplia de reestructuración empresarial, una modificación que además de

⁵⁸⁰ Una hipótesis en la que se había considerado que debía continuarse aplicando el régimen salarial convencional sectorial BAYLOS GRAU, A., "Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva", Relaciones Laborales, 1994, nº 17-18, ed. La Ley, Madrid 1994, pág. 333.

⁵⁸¹ Esta previsión no aparecía en el RD Ley 10/2010.

afectar a esa cuestión, incida en otras condiciones de trabajo reguladas en el convenio sectorial deberemos acudir, en su caso, a otros títulos jurídicos. Nos estamos refiriendo al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo estatutario (art. 41.6 TRLET). De esta forma, si se pretendiese efectuar una modificación de espectro material más amplio el acuerdo de empresa debería de ajustarse también a los parámetros causales, procedimentales y materiales previstos en aquel precepto. Ha de resaltarse que aún encontrándonos ante dos preceptos diferenciados, incluso en su ubicación sistemática, presentan una indudable relación que la reforma del 2010 ha intensificado. Así, además de la identidad funcional, en ambos casos se trata de normas que tratan de facilitar la adaptación de la regulación convencional de aplicación a las específicas necesidades de la empresa, la reforma ha hecho que compartan su estructura tipológica y procedimental. Un proceso de identificación, que aunque no total, se ha operado a través de la aproximación del régimen de inaplicación salarial al previsto para la modificación sustancial en el art. 41 del TRLET⁵⁸².

En relación a la **duración** de la inaplicación la ley establece un doble límite que determina que nos hallemos siempre ante un acuerdo de eficacia temporalmente limitada supedita a la del convenio inaplicado. Se prescribe así que «en ningún caso» puede superar el período de vigencia del convenio ni, como máximo los tres años de duración. De esta forma, el acuerdo podrá referir su duración a la vigencia del convenio, entendida en un sentido amplio comprensivo también del periodo de ultraactividad, que determinaría el cese de sus efectos cuando finalizasen los del convenio inaplicado (en la generalidad de los casos cuando se negocie un nuevo convenio sectorial) y, en cualquier caso, a los tres años desde que se hubiera acordado la inaplicación.

6. A modo de conclusiones

Podemos concluir afirmando que la nueva redacción del art. 83.2 del TRLET supone una clara voluntad de reforzar la operatividad real del descuelgue que se refleja en aspectos diversos como son, entre otros, el renovado protagonismo que se le concede al acuerdo de empresa, la amplia habilitación causal y la presunción de causalidad de dichos acuerdos, la previsión de mecanismos que suplen la ausencia de representantes legales de los trabajadores o el establecimiento de una obligación de negociar, mediante acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante. Nada hay que objetar a que se posibilite una utilización práctica y efectiva de este mecanismo de adaptación en las hipótesis de crisis empresarial, máxime cuando se han incorporado elementos que refuerzan la excepcionalidad y la proporcionalidad de este tipo de prácticas (caso de la duración necesariamente limitada en el tiempo o la exigencia de que la situación de crisis afecte a las posibilidades de mantenimiento del empleo).

⁵⁸² En el mismo sentido CRUZ VILLALÓN advierte que “*aunque se trata de dos regulaciones que corren en paralelo, al extremo de que tras la reforma se aprecia un notable proceso de convergencia regulatoria entre las mismas, en la medida en que se aprecien diferencias de régimen jurídico es imprescindible recordar que se aplica a todos los efectos la regla especial (art. 82.3 ET) respecto de la general (art. 41 ET)*”, “La flexibilidad interna...”, ob.cit., (consultada versión electrónica).

Tres son las críticas de mayor enjundia que cabría realizar a la nueva regulación. De una parte, la marginación absoluta que se ha realizado de las comisiones paritarias de los convenios sectoriales en la resolución de las discrepancias (salvable a través de lo que se pueda acordar en los acuerdos interprofesionales). De otra, la negación, que se puede inferir de una interpretación maximalista del precepto, de cualquier facultad reguladora a la negociación colectiva sectorial (peligro salvable a través de una interpretación más sistemática del precepto con el derecho a la negociación colectiva como la que hemos propuesto) y, por último, la indeterminación de las consecuencias que quepa inferir de la presunción de causalidad atribuida al acuerdo de inaplicación.

INTERMEDIACIÓN LABORAL Y AGENCIAS DE COLOCACIÓN

Fernando de Vicente Pachés
Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universitat Jaume I de Castelló

1. Justificación e incidencia de la reforma. 2. La nueva conceptualización de la intermediación laboral. La incorporación de las empresas de recolocación como agencias de colocación especializadas. 3. El nuevo marco normativo de las agencias de colocación tras la reforma operada por la Ley 35/2010 y el RD 1796/2010. 3.1. Un nuevo concepto de las agencias de colocación. 3.2. Las funciones (ampliadas) de las agencias de colocación: orientación e información profesional, selección de personal y recolocación de trabajadores. 3.3. Formas de actuación –modalidades- de las agencias de colocación: autonomía (autorización-coordinación) o colaboración (convenio). 3.3.1. Agencias de colocación autorizadas. 3.3.2. Agencias de colocación como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo. 3.4. Obligaciones y prohibiciones de las agencias de colocación. 4. Valoraciones finales y propuestas de futuro sobre el modelo actual de intermediación y colocación.

1. JUSTIFICACIÓN E INCIDENCIA DE LA REFORMA

La reforma del mercado de trabajo operada por la Ley 35/2010 pretende contribuir de manera efectiva a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española. Para conseguir este importante objetivo, esta norma contempla -junto a otras disposiciones reglamentarias de desarrollo- todo un conjunto de medidas dirigidas a elevar las oportunidades de las personas desempleadas a través de la importante mejora de los mecanismos de intermediación laboral, proporcionando a éstas un empleo adecuado a sus características y facilitando a los empleadores las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades.

En el capítulo IV de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, también conocida con el nombre de Reforma Laboral 2010, es, pues, donde quedan contempladas las “Medidas para la mejora de la intermediación laboral y sobre la actuación de las empresas de trabajo temporal”, (en particular, las agencias de colocación) que tiene como especial objetivo: “fomentar las oportunidades de acceder a un empleo por parte de las personas desempleadas”.

En desarrollo de lo dispuesto en la Ley 35/2010, se publicó a final del año 2010 el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación⁵⁸³. Mediante este Real Decreto se procede al desarrollo reglamentario de la

⁵⁸³El gobierno para el necesario desarrollo reglamentario tenía de plazo hasta el 31 de diciembre 2010 (desapareciendo el plazo inicial de 6 meses del anterior RDL 10/2010), de manera que no entraban en

mencionada Ley 35/2010, regulando el régimen de autorización y la actividad de las agencias de colocación que realicen actividades de intermediación laboral.

Posteriormente, el RD-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, ha establecido acciones de mejora de la empleabilidad combinando actuaciones de orientación profesional y formación para el empleo. Asimismo, el RD-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, pretende el fortalecimiento de los Servicios Públicos de Empleo en el marco del Sistema Nacional de Empleo, creándose el “catálogo de servicios a la ciudadanía” (destinado a las personas desempleadas, ocupadas y a las empresas), común para todos los Servicios Públicos de Empleo, al objeto de garantizar en todo el Estado el acceso en condiciones de igualdad a un servicio público y gratuito de empleo y la igualdad de oportunidades en el acceso al mismo. Por otro lado, se establece igualmente el desarrollo de un modelo de atención personalizada a las personas en situación de desempleo basado en un “itinerario individual y personalizado de empleo”, configurado como un derecho para las personas desempleadas y una obligación de prestación para los Servicios Públicos de Empleo, de forma que cuenten con el apoyo y la atención de los Servicios Públicos de Empleo en su búsqueda de empleo. Al mismo tiempo, se quiere la transformación en profundidad de los actuales programas de políticas activas de empleo y en la redefinición de su contenido y desarrollo para que sean más útiles para las personas desempleadas.

Por otra parte, el RD-Ley 3/2011 modificando la Ley 56/2003, de Empleo (art. 24), ha venido a establecer los nuevos principios generales de las políticas activas de empleo, a los cuales, quedan sometidos tanto los servicios públicos de empleo como las entidades colaboradoras de estos servicios⁵⁸⁴.

Una novedad fundamental llevada a cabo por la Ley 35/2010 ha sido la introducción de las agencias de colocación con ánimo de lucro, eliminando la prohibición existente, lo que ha supuesto la modificación de otras tantas leyes laborales⁵⁸⁵. La aceptación de estas agencias de empleo privadas va a tener que ir acompañada del sometimiento de éstas a un efectivo control por parte de los poderes públicos para asegurar un adecuado funcionamiento y no caer en una absoluta

vigor las disposiciones sobre agencias de colocación de la Ley 35/2010 hasta la aparición de esta norma reglamentaria de desarrollo.

⁵⁸⁴ Estos principios son: a) El tratamiento individualizado y especializado a las personas en situación de desempleo para mejorar su empleabilidad, así como a las personas ocupadas para contribuir a la calidad y mantenimiento de su empleo; b) La respuesta a las necesidades de las empresas en materia de capital humano, empleo y formación.; c) El fomento del autoempleo y la iniciativa emprendedora, especialmente en el marco de la economía sostenible y de los nuevos yacimientos de empleo, incluyendo la atención y el acompañamiento a las personas emprendedoras en la puesta en marcha de su iniciativa empresarial.; d) La igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo en los términos previstos en la letra a) del artículo 2 de esta Ley. En particular, se tendrá en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad de trato entre mujeres y hombres para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de sexo.; e) La adecuación a las características del territorio, teniendo en cuenta la realidad del mercado de trabajo y las peculiaridades locales y sectoriales.

⁵⁸⁵ En concreto se ha modificado: a) La Ley 56/2003, de Empleo (LE): arts. 20,21 y 22 y la incorporación de dos nuevos arts. 21 bis y 22 bis; b) El Estatuto de los Trabajadores (ET): art. 16, apartados 2 y 3; c) El Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS): art. 231.1; d) El Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS): art. 16, apartados 1 y 2; arts. 17, apartados 1 y 2; arts. 24.3 y 25.4.

mercantilización de la actividad de colocación quedando degradado el trabajador a la fuerza del mercado⁵⁸⁶. La aceptación de las agencias de empleo privadas va en la línea del nuevo modelo de Derecho Laboral del siglo XXI que establece la Unión Europea, basado en la pretensión y necesidad de adaptar la legislación laboral con la finalidad de incrementar la flexibilidad y seguridad en el empleo⁵⁸⁷. Si bien, como tendremos ocasión de analizar, la regulación de las agencias de empleo privadas no excluye el funcionamiento de los Servicios Públicos de Empleo, cuya relación se basa en un régimen de cooperación y colaboración, complementando la actividad de éstos⁵⁸⁸.

En cualquier caso, se ha optado por la idea que la actuación basada en la iniciativa privada pueda favorecer la creación de empleo y la tensión existente entre el reforzamiento e intensificación de los entes públicos en materia de colocación o bien la apertura a los entes privados, se resuelva a favor de éstos últimos⁵⁸⁹.

La reforma en materia de intermediación laboral y agencias de colocación, se justifica en una serie de extremos:

1º. En la necesidad de modernizar el funcionamiento de los Servicios Públicos de Empleo: adaptándolos a las necesidades de un entorno que evoluciona rápidamente, en el que deben coexistir con nuevos proveedores de servicios de intermediación, que incrementan la cantidad y la gama de los servicios ofrecidos.

Asimismo, la incidencia del RD-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, impone o marca la tendencia a reconocer a los Servicios Públicos de Empleo como un nuevo tipo de empresa de servicios, en el sentido de “organización que aspira a ocupar un lugar central en el mercado de trabajo para atender las cambiantes necesidades de empleadores, de la población ocupada y de demandantes de empleo, convirtiéndose en un sector estratégico. Para ello es necesario continuar con el proceso de reestructuración de este servicio, basada en la adopción del paradigma de calidad, como principio informador de sus actuaciones y todo ello en un movimiento de descentralización territorial, de asunción de nuevos servicios y de una creciente oferta competitiva proveniente de sujetos privados”⁵⁹⁰.

2º. En la necesidad de iniciar una apertura de colaboración público-privada en esta materia, preservando, eso sí, la centralidad y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo de carácter estatal y autonómico, para que no se produzca la

⁵⁸⁶ SERRANO FALCÓN, C. (2009): *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas*, Granada, (Comares), p. 52.

⁵⁸⁷ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2006), Libro Verde: *Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 22-11-2006, COM (2006) 708 final.

⁵⁸⁸ CASAS BAAMONDE, M^a. E. (1995): “El reconocimiento de otros intermediarios privados en el mercado de trabajo: las agencias de colocación sin fines lucrativos”, en AA.V.V. *Formas y cauces de contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal*, Madrid, (CGPJ).

⁵⁸⁹ CHACARTEGUI JÁVEA, C. (2011): “La intermediación laboral”, Ponencia en las *XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social*, sobre las *Reformas Laborales de 2010*, Lleida, 10-11 de marzo de 2011 (ejemplar multicopiado y web de la Asociación Catalana de Iuslaboralistas).

⁵⁹⁰ AA.VV. (2011): *Manual de política y derecho del empleo*, Madrid (Tecnos), p.182.

sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en el ámbito de la intermediación y la colocación⁵⁹¹.

3º. En la necesidad de introducir una realidad nueva en la intermediación laboral en nuestro ordenamiento jurídico, carente de regulación y sumida en la ilegalidad hasta el momento, las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, para “complementar la actividad de los servicios públicos de empleo” (Exposición de Motivos).

La gran novedad en materia de agencias de colocación que introduce la reforma de 2010 es la admisión de agencias de colocación con ánimo de lucro, lo cual estaba prohibido antes de la reforma por el art. 16.2 ET, pues es preciso recordar que la gran diferencia existente entre las agencias sin ánimo de lucro y las de con ánimo de lucro es el cobro de los servicios prestados. Mientras que, antes de la reforma, las primeras sólo podían recibir los gastos ocasionados por los servicios prestados al trabajador o al empresario, se admitía que las agencias con ánimo de lucro no tenían esta limitación y, por ello, estaban prohibidas.

El Gobierno ha reconocido que la admisión en nuestro ordenamiento de las agencias de colocación con fines lucrativos se sitúa en la línea de las más recientes normas y criterios de la OIT. Concretamente, se han seguido los parámetros fijados por el Convenio nº 181 OIT de agencias de empleo privadas, ratificado por España en 1999⁵⁹².

4º. En la necesidad de actualizar nuestro ordenamiento jurídico a las previsiones de la OIT. En concreto al Convenio 181 OIT de 1997, sobre agencias de colocación privadas (ratificado por España el 13 de septiembre de 1999) y la Recomendación 188 OIT sobre la misma materia y del mismo año, que no diferencian entre agencias de colocación privadas con ánimo o sin ánimo de lucro⁵⁹³.

La actividad de colocación es el resultado de un largo proceso histórico que se inicia con la generalización de la intervención pública en el mercado de trabajo, a partir de la aprobación en 1919, por la OIT del Convenio número 2, en el que se establecía la obligación para los Estados miembros de establecer un sistema público de agencias de colocación no retribuidas. Posteriormente, ya con la aprobación del Convenio número 88 de la OIT se conformarían los servicios públicos de empleo.

⁵⁹¹ “Dado los efectos que la actual crisis económico-financiera está produciendo en el mercado de trabajo y los altos índices de desempleo que se están registrando en nuestro país, es ineludible iniciar una apertura a la colaboración público-privada entre los agentes que intervienen en la intermediación laboral, preservando en todo caso la centralidad y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo de carácter estatal y autonómico, de forma que no se produzca la sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en el ámbito de la intermediación y la colocación.

En todo caso, la intermediación en el mercado de trabajo se configura como un servicio de carácter público, con independencia de los agentes que la realizan, que además de incrementar las posibilidades de colocación de las personas trabajadoras en desempleo, pretende configurar un mercado de trabajo cada vez más equilibrado que subsane las disfunciones que impiden la adecuada casación entre ofertas y demandas de empleo” (EM RD 1796/2010).

⁵⁹² CARDONA RUBERT, Mª B. (2010): “Las agencias de colocación en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, AA.VV. *La Reforma del Mercado de Trabajo* (Dir. I. García Perrote y J. Mercader Uguina) Valladolid (Lex Nova).

⁵⁹³ CAVAS MARTINEZ, F. (2000): “El convenio núm. 181 de la OIT sobre agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación”, *Aranzadi Social*, nº 7.

A partir de entonces, varios han sido los convenios aprobados por la OIT que se han encargado de abordar la temática que nos ocupa experimentando una evolución que parte desde aquellos que establecían una prohibición tajante de las agencias privadas de colocación, con ánimo de lucro tal y como se contemplaba en el Convenio número 34⁵⁹⁴, hasta llegar al reconocimiento de estas agencias privadas que llevó a cabo el Convenio número 181⁵⁹⁵. Con la aprobación de este Convenio 181 sobre Agencias de empleo privadas se permite que tanto los agentes públicos como privados puedan participar en la totalidad del proceso de colocación.

De este largo proceso normativo de la OIT podemos llegar a la conclusión de que existe un modelo internacional de colocación, al que quedan vinculados todos los Estados miembros y que presenta las siguientes características: obligación de mantener un servicio público de empleo, de carácter gratuito y recurso voluntario por parte de los empleadores y demandantes de empleo.

A pesar de este modelo de colocación, la OIT ha prestado una mayor atención a las Agencias de empleo privadas que a los servicios públicos de empleo. Pues, si bien la OIT en una etapa inicial quiso eliminar las agencias de colocación con fines lucrativos, debido a la explotación que éstas habían cometido en el tráfico de los trabajadores⁵⁹⁶, como siguieron subsistiendo en la práctica, la OIT se vio compelida a iniciar una nueva etapa de apertura hacia estas agencias de colocación retribuidas, que quedó plasmada en el Convenio número 181 y la Recomendación 188, sobre las Agencias de empleo privadas de 1997. En consecuencia, y una vez demostrada la imposibilidad de erradicar estas agencias privadas, la OIT acepta la conveniencia de regularlas y someterlas a unas reglas específicas para asegurar el respeto a los derechos de los trabajadores que utilicen sus servicios⁵⁹⁷.

Por lo que respecta a la Unión Europea, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, fue la primera normativa que hizo referencia a los Servicios Públicos de Empleo, poniendo de relieve en su artículo 6 que “toda persona debe poder beneficiarse gratuitamente de los servicios públicos de colocación”. Este derecho tendrá su reconocimiento posterior en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, si bien esta norma ha quedado reducida a una declaración solemne e institucional no vinculante para los Estados miembros⁵⁹⁸.

Pero el permitir la actividad de las agencias retribuidas de colocación ha sido una cuestión que ha sido originariamente tratada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Este Tribunal, en defensa de la libre competencia prohíbe toda práctica monopolística que interfiera bien en la libertad de establecimiento o bien en la libertad de prestación del servicio, salvo si se trata de servicios de interés económico general -sentencia TJCE Asunto Macrotron- o cuando no

⁵⁹⁴ Aprobado en el año 1933 y ratificado por nuestro país el 29 de marzo de 1935.

⁵⁹⁵ Aprobado en 1997 y ratificado por nuestro país el 19 de mayo de 1999.

⁵⁹⁶ Cabe recordar el principio que emanaba del Tratado de Versalles de 1919, que defendía que “el trabajo no puede ser considerado una mera mercancía”.

⁵⁹⁷ AA.VV. (2011): *Manual de política y derecho del empleo*, Madrid (Tecnos), p.172.

⁵⁹⁸ AA.VV. (2011): *Manual de política y derecho del empleo*, Madrid (Tecnos), p.173.

fuera posible satisfacer la demanda concreta que se solicite -sentencia TJCE Asuntos Job Centre y Carra-⁵⁹⁹.

Además, el hecho de que se considere el servicio público de carácter gratuito no debe llevar necesariamente que tal gratuidad se extienda también al ámbito de las agencias privadas de colocación, pues la creación de estas Agencias no es obligatoria para los distintos Estados miembros, mientras que sí lo es la creación de un Servicio Público de Empleo.

En definitiva, el modelo de colocación en la Unión Europea viene configurado como un modelo cuya gestión puede ser completamente pública o contar con la intervención de los sujetos privados. En consecuencia, las agencias privadas de colocación están plenamente aceptadas, lo que ha supuesto que la actividad de colocación quede reducida en el ámbito de la Unión Europea a una simple actividad económica regulada por las reglas del mercado⁶⁰⁰.

En este sentido, se elimina cualquier límite o restricción a la creación de empresas de colocación con fines lucrativos, sin sometimiento a ningún tipo de control público, y ello con el pretexto defendido por la jurisprudencia del TJCE según el cual, “la liberalización de los mercados contribuye a aumentar el bienestar de los ciudadanos”; si bien en la práctica “por las características que presenta el mercado de trabajo, corremos el riesgo de que esta liberalización quede reducida sin más a la consideración de los trabajadores simplemente a mano de obra necesaria para el funcionamiento del mercado”⁶⁰¹.

Por otra parte, la reforma laboral 2010, en materia de intermediación, ha incidido y pivotado sobre los puntos siguientes:

1) El concepto de intermediación laboral, dando entrada a las empresas de recolocación u “outplacement”.

2) Las agencias de colocación privadas, eliminando la prohibición de que sean sin ánimo de lucro. En consecuencia, la legalización de las agencias de colocación con ánimo de lucro y la regulación de su régimen jurídico.

3) El establecimiento de los “principios básicos” de la intermediación laboral, incluyendo principios contenidos en el Convenio núm. 181 OIT sobre Agencias del empleo privadas (nueva redacción del art. 22 Ley 56/2003, de Empleo).

4) La adaptación de la legislación en materia de Seguridad Social y de infracciones y sanciones en el orden social a la regulación de las agencias de colocación.

En definitiva, se había producido un fracaso de la actividad de colocación realizada por las agencias de colocación sin fines lucrativos y se estaba asistiendo a una

⁵⁹⁹ AA.VV. (2011): *Manual de política y derecho del empleo*, Madrid (Tecnos), p.173.

⁶⁰⁰ “Lo que redundará en una pérdida progresiva de la función tuitiva que al Derecho Social del Trabajo le corresponde desarrollar” tal y como se pone de manifiesto en, AA.VV. (2011): *Manual de política y derecho del empleo*, Madrid (Tecnos), p.174.

⁶⁰¹ AA.VV. (2011): *Manual de política y derecho del empleo*, Madrid (Tecnos), p.174.

proliferación “aceptada” de las agencias de empleo privadas, que, con la salvedad de las ETTs, actuaban hasta ahora sin una regulación específica. Era pues necesaria una completa reforma de la actividad de intermediación y colocación, que fuera acorde con la realidad práctica y que tuviera por finalidad ordenar y controlar tal actividad así como ajustarse a la normativa internacional existente.

2. LA NUEVA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL. LA INCORPORACIÓN DE LAS EMPRESAS DE RECOLOCACIÓN COMO AGENCIAS DE COLOCACIÓN ESPECIALIZADAS

La Ley 35/2010 ha aportado un nuevo concepto de “intermediación laboral”. En definitiva, se trata de un instrumento de la política de empleo que tiene como finalidad la de proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los candidatos más apropiados para desempeñar las funciones asignadas a los puestos ofertados, procurando la adecuación y el acierto entre la demanda y la oferta de empleo.

La reforma laboral 2010 ha introducido importantes novedades en el concepto de intermediación laboral, en concreto, en la redacción del art. 20 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, modificado mínimamente su párrafo 1º y añadiendo un nuevo párrafo 2º⁶⁰². Por otra parte, se amplía el concepto de intermediación laboral incluyendo la “recolocación de trabajadores”⁶⁰³. Con este nuevo párrafo se amplía el concepto de intermediación laboral, entendiéndose como parte de la labor de intermediación a la recolocación de trabajadores, también llamado “outplacement”.

Asimismo, el RD 1796/2010, pone de relieve que las empresas de recolocación “son agencias de colocación especializadas en la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, y estarán sometidas al régimen legal y reglamentario establecido con carácter general para las agencias de colocación”⁶⁰⁴.

⁶⁰² En este sentido, se define a la intermediación como: “*El conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan empleo, para su colocación*” (art. 20.1 LE). La virtualidad práctica del cambio es mínima, sustituyéndose el término “demandantes de empleo” por el de “trabajadores”. Se pretende así adaptar nuestra legislación a la terminología utilizada por el Convenio n.º 181 OIT, el cual utiliza el término “trabajadores” en el sentido de “solicitantes de empleo” (art. 1.2: “a efectos del presente Convenio, el término “trabajadores” comprende a los solicitantes de empleo”

⁶⁰³ “*También 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*” (art. 20.2 LE).

⁶⁰⁴ Por su parte, el art. 2.2 del RD 1796/2010, define a las empresas de recolocación como “agencias de colocación especializadas en la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, y estarán sometidas al régimen legal y reglamentario establecido con carácter general para las agencias de colocación”.

Por consiguiente, la intermediación laboral en su modalidad de recolocación se ha configurado con un carácter eminentemente colectivo, exigiéndose a estas agencias el requisito previo -para poder realizar labores de intermediación en materia de recolocación- de haberse establecido o acordado con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación⁶⁰⁵.

La Ley 35/2010 provoca una transformación en la forma de entender la intermediación laboral en nuestro ordenamiento jurídico, potenciando la intervención privada en un campo como el de la colocación de los trabajadores, que sigue siendo eminentemente público, a pesar de los esfuerzos del legislador, manifestados en la Ley de Empleo, de normalizar su utilización como agentes intermediadores del mercado laboral.

El procedimiento de apertura a la colaboración público-privada en materia de intermediación laboral, que es la base de la reforma operada en la Ley de Empleo, tiene como instrumento clave a las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro.

Como es sabido, la intermediación laboral en nuestro ordenamiento jurídico se lleva a cabo por unos agentes, enumerados en el art. 21 de la Ley de Empleo. Los Agentes de la Intermediación son, y ello no cambia con la reforma:

a) Los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de las entidades que colaboren con los mismos.

b) Las agencias de colocación debidamente autorizadas.

c) Aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para los trabajadores en el exterior⁶⁰⁶.

El RD 1796/2010, recoge la distinción entre agencias de colocación autorizadas que actúan de forma autónoma pero coordinada con los servicios públicos de empleo, con las que actúan como entidad colaboradora de los mismos mediante la suscripción de un convenio de colaboración. Y, además, se recoge la obligatoriedad de que las agencias de colocación obtengan para poder realizar su actividad autorización de los servicios públicos de empleo. Dicha autorización la concederá el Servicio Público de Empleo Estatal cuando las agencias pretendan establecer centros desde los que desarrollar su actividad en más de una comunidad autónoma, o del servicio equivalente en la comunidad autónoma cuando pretendan establecer centros únicamente en el territorio de esa comunidad. En el supuesto de que las agencias de colocación pretendan ampliar su ámbito de actuación, estableciendo centros en otras comunidades autónomas, deberán solicitar la ampliación de su autorización. En todo caso se establece que la autorización

⁶⁰⁵ Estas agencias de recolocación podrán desarrollar su actividad en los despidos colectivos, en los que se exige un plan social como requisito previo para iniciar el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 del RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos (que ha venido a derogar al anterior RD 43/1996, de 19 de enero).

⁶⁰⁶ En cuanto a los servicios para los trabajadores en el exterior, debemos indicar que no se han creado todavía, pues la Ley de Empleo remite a un reglamento de desarrollo para su creación que por el momento es inexistente. Se plantea la duda de determinar quiénes serían los destinatarios de estos servicios si pudiera tratarse de servicios que vayan dirigidos tanto a los residentes en España para su contratación en el exterior, como a los emigrantes retornados.

será única y tendrá validez para gestionar ofertas de trabajo y solicitudes de empleo de todo el territorio español.

Las agencias de colocación reciben una extensa regulación en el nuevo apartado 21 bis de la Ley 53/2003, de Empleo, cuyo contenido ha llevado al Gobierno a modificar, también la dicción del art. 16.2 ET, entre otros preceptos. Pasemos, pues, a analizar con mayor detenimiento el régimen jurídico de las agencias de colocación.

3. EL NUEVO MARCO NORMATIVO DE LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 35/2010 Y EL RD 1796/2010

3.1 Un nuevo concepto de las agencias de colocación

La Ley 35/2010 dota a las agencias de colocación de un nuevo concepto, de mayor amplitud que el recogido en el ya derogado RD 735/1995, de 5 de mayo, que regulaba las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo. El art. 21 bis de la Ley 56/2003, de Empleo, define a las agencias de colocación como: *“A efectos de lo previsto en esta Ley se entenderá por agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal”*.

Este nuevo concepto de agencia de colocación recogido en el art. 21 bis de la Ley 56/2003, de Empleo conecta y asume el concepto de agencia de empleo privada utilizado por el Convenio nº. 181 OIT sobre Agencias de Empleo Privadas⁶⁰⁷. Como puede observarse, el nuevo art. 21 bis Ley de Empleo da entrada en el marco de la intermediación laboral a una amplia gama de agencias de colocación que pueden actuar en el mercado para responder de una manera más eficiente al desempleo: personas físicas (art. 21.bis, 2 Ley de Empleo) o jurídicas (art.21.bis, 1 Ley de Empleo) y, dentro de estas últimas, las agencias pueden ser públicas, privadas, con ánimo de lucro o sin él. Esta opción es totalmente coherente con el Convenio 181 OIT que permite cualquier tipo de agencias privadas de empleo.

Posteriormente, en desarrollo de este precepto, el RD 1796/2010, en virtud del cual se regulan las agencias de colocación, incorpora una definición en similares términos a la recogida en la Ley de Empleo, pero de forma más completa y exacta, señalando que: *“A efectos de lo previsto en esta norma, se entenderá por agencias de*

⁶⁰⁷ Concretamente, el art. 1 Convenio 181 OIT, determina que: *“La expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo: a) Servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que puedan derivarse. b) Servicios consistentes en emplear a trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica que determine sus tareas y supervise su ejecución. c) Otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y demanda específicas”*.

colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que, en coordinación y, en su caso, colaboración con el servicio público de empleo correspondiente, realicen actividades de intermediación laboral que tengan como finalidad proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades.

A este fin las agencias de colocación valorarán los perfiles, aptitudes, conocimientos y cualificación profesionales de las personas trabajadoras que requieran sus servicios para la búsqueda de empleo y los requerimientos y características de los puestos de trabajo ofertados. Estas agencias de colocación podrán desarrollar también actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal”.

De esta manera, la disposición reglamentaria incide en la idea de la función de intermediación que corresponde a la agencia de colocación, consistente en “proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades” y que con este fin “valorarán los perfiles, aptitudes, conocimientos y cualificación profesionales de las personas trabajadoras que requieran sus servicios para la búsqueda de empleo y los requerimientos y características de los puestos de trabajo ofertados”.

Analicemos con un poco más de detalle, cada una de las funciones asignadas por la norma a las agencias de colocación.

3.2. Las funciones (ampliadas) de las agencias de colocación: orientación e información profesional, selección de personal y recolocación de trabajadores

Otra de las novedades esenciales en el régimen de las agencias de colocación es la ampliación de sus competencias o actividades a desarrollar o desempeñar, tal y como se contemplan en el nuevo art. 21 bis 1 de la Ley 56/2003, de Empleo.

De un tiempo a esta parte, las agencias de colocación han sido admitidas en nuestro ordenamiento como entidades colaboradoras del servicio público de empleo en su labor de intermediación. Su finalidad era solamente la de ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empleadores a la contratación de los trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades, tal y como se desprende de la definición de agencia de colocación del art. 1 del derogado RD 735/1995, de 5 de mayo, que regulaba las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo.

Con la reforma y la disposición reglamentaria de desarrollo se amplían las funciones o competencias que pueden desempeñar las agencias de colocación en varios frentes: a) pueden desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional; b) pueden centrarse en labores de selección de personal; c) pueden realizar actividades de recolocación de trabajadores.

Por orientación e información profesional, debemos entender, de conformidad con el art. 25 de la Ley de Empleo -modificado por el RD-Ley 3/2011, de 18 de febrero,

de medias urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo- y por lo que se refiere a los Servicios Públicos de Empleo, el conjunto de “acciones y medidas de información, acompañamiento, motivación y asesoramiento que, teniendo en cuenta las circunstancias personales y profesionales de la persona beneficiaria, le permiten determinar sus capacidades e intereses y gestionar su trayectoria individual de aprendizaje, la búsqueda de empleo o la puesta en práctica de iniciativas empresariales”. Y ligadas a éstas, nos encontramos con las de formación y recualificación, consistentes en “acciones y medias de aprendizaje, formación, recualificación o reciclaje profesional incluidas en el subsistema de formación profesional para el empleo”,⁶⁰⁸.

Por lo que respecta a la función de selección de personal, debemos advertir que la regulación de las empresas de selección de personal en nuestro ordenamiento jurídico ha sufrido numerosos vaivenes. La redacción original del art. 16.2 ET, aunque prohibía la existencia de agencias privadas de colocación de cualquier clase, permitía en cambio, la actuación de agencias o empresas dedicadas a la selección de trabajadores, pero, posteriormente, fueron derogadas por el Real Decreto Legislativo 18/1993, asumidas como entidades colaboradoras del INEM, por la Ley Básica de Empleo (arts. 44.1 y 3 LBE) y prácticamente inexistentes en el texto de la Ley 56/2003, de Empleo.

Pero como es bien sabido, las empresas de selección de trabajadores han estado actuando con normalidad en nuestro mercado de trabajo de manera lícita⁶⁰⁹, amparadas por el concepto amplio de agencia de empleo privada que recoge el art. 1 del Convenio n.º. 181 OIT, en su apartado c): “*otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo...*” Además, la jurisprudencia comunitaria ha manifestado reiteradamente que prohibir este tipo de empresas resulta contrario al Derecho comunitario cuando el servicio público de empleo no está en condiciones de satisfacer esta demanda del mercado⁶¹⁰.

Para cubrir este vacío, la Ley 35/2010 y el RD 1796/2010 autorizan que las agencias de colocación puedan desempeñar labores de selección de personal, admitiéndolas como agencias privadas de empleo (utilizando el concepto del Convenio

⁶⁰⁸ Por otra parte, las medidas de orientación quedan englobadas dentro del concepto de políticas activas de empleo, al definirse éstas como “el conjunto de acciones y medidas de orientación, empleo y formación dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social.

⁶⁰⁹ Las *consultorías o empresas de selección*, se pueden definir como aquellas empresas con ánimo de lucro dedicadas a constatar las aptitudes de los potenciales de los trabajadores con la finalidad de seleccionar aquellos que sean más adecuados para ocupar los puestos de trabajo vacantes en las empresas clientes. La actividad fundamental que despliegan estas empresas consiste, por tanto, en estudiar e informar a las empresas clientes sobre la idoneidad de los trabajadores que desean ocupar los puestos de trabajo vacantes en estas últimas. Por otra parte, existen también las denominadas *consultorías de selección de altos directivos* (“*cazatalentos*”), que son empresas que dirigen normalmente su actividad a la colocación de altos directivos. Pueden ser definidas, por tanto, como empresas “de selección altamente especializadas, que operan exclusivamente con directivos de la más alta cualificación o trabajadores con una gran especialización técnica”. Desde una perspectiva funcional, una de las características más relevantes de estas empresas es que realizan la búsqueda de candidatos entre altos directivos en activo con el propósito de ofrecerles un cambio de trabajo interesante tanto para el directivo reclutado como para la empresa cliente. Otra de las características apunta a la finalidad lucrativa de esta modalidad de empresas que encuentran el beneficio en la diferencia entre los costes de operación y el precio de los servicios.

⁶¹⁰ STJCE 23 de abril de 1991, *Höffner y Elser*.

181 OIT) y les permite seguir actuando en el mercado laboral español realizando la labor de selección de personal que las caracteriza.

Finalmente, las agencias pueden realizar actividades de recolocación de trabajadores. El concepto “recolocación” se centra en el servicio prestado al trabajador, consistente en el servicio que una empresa aporta a uno o varios trabajadores despedidos, bien por sus propios medios bien a través de consultores externos, a través del cual se ofrece a dichos trabajadores el asesoramiento, la formación y los medios necesarios para lograr la transición en su carrera, consiguiendo un nuevo trabajo en otra empresa, lo más adecuado posible a su perfil y preferencias en el menor plazo posible⁶¹¹.

La admisión en nuestro ordenamiento de las agencias privadas con ánimo de lucro había de tener como consecuencia lógica, el reconocimiento de las empresas de recolocación, que se incluyen en dicho perfil⁶¹². No obstante, la regulación que se ha realizado en nuevo articulado de la Ley de Empleo y en el RD 1796/2010, resulta parca y restrictiva, en la medida en que sólo permite su actuación en procesos de reestructuración empresarial y únicamente cuando el recurso a sus servicios de recolocación “hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación” (art. 20.2 Ley de Empleo).

La escasa regulación del art. 20.2 Ley de Empleo y del RD 1796/2010, que apostilla que “*estarán sometidas al régimen legal y reglamentario establecido con carácter general para las agencias de colocación*”, deja numerosos interrogantes que deberán ser despejados por el legislador en posteriores desarrollos reglamentarios⁶¹³.

Realmente, la Ley 35/2010 y su norma de desarrollo, el RD 1796/2010, dejan al margen de la regulación la posibilidad de que los trabajadores puedan recurrir a las empresas de recolocación cuando la pérdida de su empleo se deba a situaciones ajenas a la reestructuración empresarial. Creemos que se ha perdido una excelente oportunidad para dotar de regulación a esta modalidad de empresas, las cuales pueden jugar un papel importante en la lucha contra el desempleo⁶¹⁴.

⁶¹¹ Podemos definir a los servicios de recolocación como “el conjunto de servicios proporcionados por una empresa consultora especializada a aquellos profesionales que deben buscar un nuevo empleo, para que lo encuentren, de forma que satisfaga sus expectativas en el menor plazo posible” (*Asociación Española de Consultoras de Outplacement*)

⁶¹² MOLINA NAVARRETE, C. (2011): “Público y privado en el mercado de empleo: hacia una nueva síntesis cooperativo-competitiva (claves de un modelo paritario de servicios de empleo”, en AA.VV. (S. de la Casa Quesada y M^a R. Vallecillo Gámez coords.): *Empleo, mercado de trabajo y sistema productivo: el reto de la innovación en políticas de empleo*, Albacete (Bomarzo) p. 51 y ss.

⁶¹³ En relación con esta temática, puede consultarse el estudio realizado por MATEU CARRUANA, M^a. J. y VICENTE PACHÉS, F. de, “La protección social de excedentes laborales en los fondos de promoción de Empleo (sector siderúrgico integral): un modelo ejemplar en nuestro país y en el ámbito comunitario europeo”, en AAVV. (2006): *Las Relaciones Laborales en la reestructuración y saneamiento de empresas (XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

⁶¹⁴ GALA DURAN, C. (2011): “Crisis, Reestructuración empresarial y regulación de las empresas de recolocación de trabajadores: ¿una oportunidad perdida?”, en AA.VV. (2011): *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sevilla (AEDTSS).

No obstante lo expuesto, y en una interpretación más amplia de este precepto, se ha considerado que también tendría cabida en la definición los supuestos de despidos por causas empresariales aun siendo éstos individuales⁶¹⁵.

3.3. Formas de actuación –modalidades- de las agencias de colocación: autonomía (autorización-coordinación) o colaboración (convenio)

3.3.1. Agencias de colocación autorizadas

Tal y como se ha expuesto, la norma recoge la distinción entre agencias de colocación autorizadas que actúan de forma autónoma pero coordinada con los servicios públicos de empleo, con las que actúan como entidad colaboradora de los mismos mediante la suscripción de un convenio de colaboración.

En este sentido, la Ley de Empleo, dispone que :“*Las personas físicas o jurídicas que deseen actuar como agencias de colocación deberán obtener autorización del servicio público de empleo competente por razón del domicilio social de la agencia, que será única y con validez en todo el territorio español, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente*”.

En este mismo sentido, el RD 1796/2010 establece la obligatoriedad de que las agencias de colocación obtengan para poder realizar su actividad autorización de los servicios públicos de empleo. Dicha autorización la concederá el Servicio Público de Empleo Estatal cuando las agencias pretendan establecer centros desde los que desarrollar su actividad en más de una comunidad autónoma, o del servicio equivalente en la comunidad autónoma cuando pretendan establecer centros únicamente en el territorio de esa comunidad. En el supuesto de que las agencias de colocación pretendan ampliar su ámbito de actuación, estableciendo centros en otras comunidades autónomas, deberán solicitar la ampliación de su autorización. En todo caso se establece que la autorización será única y tendrá validez para gestionar ofertas de trabajo y solicitudes de empleo de todo el territorio español.

El RD 1796/2010 si incorpora una novedad no contemplada en la Ley 35/2010, en referencia a las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos. En este caso, estas entidades deberán igualmente solicitar autorización para desarrollar su actividad, si bien la concesión de la autorización corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal, no dando opción a los de las comunidades autónomas.

Los procedimientos de concesión, ampliación y extinción de la autorización se registrarán por lo dispuesto en la norma de desarrollo, en concreto, por lo dispuesto de forma detallada en el capítulo III del RD 1796/2010. De todo este amplio procedimiento de concesión, ampliación del ámbito de actuación y extinción de la autorización, podemos destacar –de forma sintetizada- lo siguiente:

a) El procedimiento para la concesión de la autorización como agencia de colocación se iniciará con la solicitud presentada por la entidad correspondiente. La

⁶¹⁵ TOSCANI GIMÉNEZ, D., (2011): “El nuevo marco legal de los servicios de colocación y empleo. Especial referencia a las agencias privadas de empleo y empresas de trabajo temporal tras la reforma laboral de 2010”, Madrid (RTSS-CEF), nº 335, pág. 154.

solicitud se cumplimentará en formato electrónico, que estará disponible en las *webs* de los servicios públicos de empleo. A la solicitud se acompañará una memoria-proyecto técnico de gestión para el ámbito solicitado, junto a una declaración responsable en la que conste que la entidad solicitante se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y frente a la Seguridad Social.

En relación al contenido expuesto, conviene precisar ciertas cuestiones acerca del procedimiento de autorización que deberán cumplir las empresas de colocación que deseen establecerse en nuestro país o prestar servicios en el mismo, en el marco de la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento.

El ejercicio de la libre prestación de servicios, así como de la libertad de establecimiento por parte de las agencias privadas, puede verse condicionado por la pluralidad de legislaciones existentes en la materia en los distintos Estados miembros, ya que las legislaciones de estos en materia de intermediación laboral son muy distintas, abarcando “desde la total permisividad de la intermediación privada hasta la prohibición absoluta de la misma, pasando por la admisibilidad de la que únicamente actúa sin fines lucrativos”. En este sentido, cabe precisar que las leyes españolas de transposición de la Directiva de Servicios, es decir, la Ley 17/2009 o la Ley 25/2009, no hacen ninguna referencia a las actividades de intermediación, cuestión que conlleva suponer que en el supuesto en que una empresa de colocación privada desee ejercer la libertad de prestación de servicios o bien la libertad de establecimiento en territorio español, le será de aplicación la normativa interna española que existe a este respecto, esto es, la Ley 56/2003 de Empleo.

Así pues, las empresas que deseen establecerse o prestar servicios en España como agencias privadas de colocación, deberán obtener la correspondiente autorización para ello, mediante el procedimiento que para tal finalidad se regula en la Ley de Empleo.

En todo caso, y aunque sería objeto de un amplio debate, cabe decir que posiblemente este mecanismo contradice el modo de actuación de la administración que persigue la Directiva de Servicios, es decir, la simplificación administrativa, en base a la cual, se eliminan determinadas cargas administrativas a fin de evitar la presencia de obstáculos a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento. Así, la simplificación administrativa prevé un nuevo modo de actuación por parte de la administración, donde los controles de ésta se realizaran posteriormente al inicio de la concreta actividad, sin necesidad por tanto, de obtener previamente una autorización. Se trata de un cambio en la intervención administrativa previa para proceder a un control a posteriori por parte de la administración⁶¹⁶.

b) El servicio público de empleo competente dictará resolución concediendo o denegando la autorización en el plazo máximo de tres meses. En el caso de que la autorización corresponda al Servicio Público de Empleo Estatal, resolverá la persona titular de la Dirección General del organismo. De conformidad con dispuesto en la Ley 35/2010, el vencimiento del plazo máximo sin haberse dictado resolución expresa supondrá la desestimación de la solicitud por silencio administrativo.

⁶¹⁶LOPEZ ROCA, C. (2011): “La intermediación laboral a partir de la Ley 35/2010: la nueva regulación de las agencias de colocación tras la reforma laboral de 2010”, en AA.VV., X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, (AEDTSS).

c) La autorización como agencia de colocación tendrá una vigencia inicial de cinco años, y se podrá prorrogar después de forma indefinida. A estos efectos, y sin perjuicio de las actuaciones de seguimiento y evaluación, antes de finalizar dicha vigencia inicial, los servicios públicos de empleo comprobarán que se mantienen los requisitos y condiciones que determinaron su otorgamiento, y que no concurre ninguna de las causas para su extinción, en cuyo caso se producirá su renovación automática.

En definitiva, se recogen criterios de valoración mínimos para conceder o denegar esta autorización, destacando los de solvencia técnica suficiente, disponer de centros de trabajo adecuados y tener experiencia mínima previa.

d) La autorización podrá extinguirse: por incumplimiento por parte de la agencia de colocación de cualquiera de los requisitos y obligaciones legal o reglamentariamente establecidos; por inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a la declaración responsable, descubierta tras la concesión de la autorización y por renuncia o cierre de los centros de trabajo.

Las agencias de colocación autorizadas desarrollarán su actividad de acuerdo con las previsiones contenidas en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, en lo dispuesto en el RD 1796/2010 y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten de aplicación. También habrán de respetar las condiciones establecidas en los acuerdos u otros instrumentos de coordinación que se formalicen con los servicios públicos de empleo (art. 4 RD 1796/2010).

3.3.2. Agencias de colocación como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo

El capítulo IV del RD 1796/2010 hace referencia a las agencias de colocación como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo. En este sentido, se establece que para la consideración de entidades colaboradoras se precisa que las agencias (previamente autorizadas para operar en su ámbito territorial) suscriban convenios de colaboración con los servicios públicos de empleo.

Estas entidades colaboradoras son definidas como aquellos operadores del mercado de trabajo con los que los servicios públicos de empleo pueden establecer convenios, acuerdos u otros instrumentos de coordinación al objeto de facilitar la colocación de los demandantes de empleo (art. 22.1 Ley 56/2003 de Empleo).

Para las agencias de colocación que actúan como entidades colaboradoras se recogen, además de las obligaciones generales y de las que se establezcan en los convenios de colaboración, unas obligaciones específicas (art. 17 RD 1796/2010) entre las que cabe destacar el suministrar la información en el formato y con los contenidos que se recojan en el convenio, la comunicación de los incumplimientos de las personas trabajadoras y en concreto de las perceptoras de prestaciones, realizar las acciones propias del convenio, garantizar a las personas trabajadoras y empleadores la gratuidad por la prestación de servicios, así como fijar un porcentaje mínimo de la actividad que deben realizar las agencias de colocación con fondos no provenientes de los servicios

públicos de empleo para que puedan suscribir convenios de colaboración; de esta manera se pretende evitar que las agencias de colocación solo desarrollen actividades financiadas con fondos públicos.

La regulación de las agencias privadas de colocación, tengan o no ánimo de lucro, no excluye el funcionamiento de los servicios públicos de empleo, sino que los refuerza, estableciéndose nuevas formas de relación entre dichos agentes de intermediación.

Los servicios públicos de empleo siguen asumiendo la dimensión pública de la intermediación laboral, pero se da entrada en este campo a otras entidades, que pueden ser públicas o privadas: *“Los servicios públicos de empleo asumen la dimensión pública de la intermediación laboral, si bien podrán establecer con otras entidades o agencias de colocación, convenios, acuerdos u otros instrumentos de coordinación que tengan por objeto favorecer la colocación de demandantes de empleo”*.

Como podemos observar, la reforma no ha suprimido la colaboración entre los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, sino que les ha dado a estas últimas un mayor margen de maniobra, pudiendo desarrollar una actuación colaboradora con el servicio público o independiente del mismo, pero en coordinación con éste.

Para finalizar, vuelve a ser obligada la referencia al mencionado RD-Ley 3/2011, de 18 de enero, de medidas urgentes par la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, que introduce modificaciones en las normas generales de la política de empleo, de la cual las políticas activas de empleo son un instrumento esencial, junto con la intermediación laboral y la relación de aquellas con las prestaciones del sistema de protección por desempleo.

En concreto, se incorpora la elaboración de la Estrategia Española de Empleo, que garantizará la igualdad de acceso, la cohesión social y la complementariedad entre la unidad de mercado y la diversidad territorial⁶¹⁷, y del Plan Anual de Política de Empleo, en que se concretará anualmente. También se pone el acento en el fortalecimiento de los Servicios Públicos de Empleo. Las medidas planteadas para el fortalecimiento de los Servicios Públicos de Empleo tienden a mejorar la planificación, gestión y evaluación de las políticas activas de empleo. Por último, se contempla una transformación en profundidad de los actuales programas de políticas activas de empleo y en la redefinición de su contenido y desarrollo para que sean más útiles para las personas desempleadas.

A las Comunidades Autónomas se le reconoce la posibilidad de conceder autorización necesaria para que estas entidades colaboradoras y cooperadoras, puedan actuar en su territorio concreto.

⁶¹⁷ El Consejo de Ministros, el pasado 28 de octubre de 2011, aprobó la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 a propuesta del ministro de Trabajo e Inmigración, Valeriano Gómez. Esta Estrategia persigue conseguir un objetivo central que es fomentar el empleo de la población activa y aumentar la participación de hombres y mujeres en el mercado de trabajo, mejorando la productividad y la calidad en el empleo en un mercado de trabajo sostenible basado en la igualdad de oportunidades, la cohesión social y territorial. Para consultar este documento: <http://www.tt.mtin.es/periodico/laboral/201110/Documento%20EEE-28oct2011.pdf>

3.4. Obligaciones y prohibiciones de las agencias de colocación

El nuevo art. 21 bis de la Ley 56/3003, de Empleo contiene un listado de obligaciones que competen a las agencias de colocación que, sin embargo, no es exhaustiva y debe completarse con lo dispuesto en la norma reglamentaria de desarrollo, esto es, en el RD 1796/2010.

Las obligaciones contempladas en la Ley 56/2003 de Empleo son las siguientes:

a) “Suministrar a los servicios públicos de empleo la información que se determine por vía reglamentaria, con la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre los trabajadores atendidos y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas”.

b) “Elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de trabajadores desempleados integrantes de los colectivos mencionados en el artículo 26, que concluyan con la colocación de aquéllos, en los términos que se determinen reglamentariamente en función de la situación del mercado”⁶¹⁸.

c) Homogeneización y compatibilización de sistemas electrónicos complementarios y compatibles con los de los Servicios Públicos de Empleo.

d) “Disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo”.

e) “Garantizar la aplicación y el cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social”.

f) “Cumplir con las normas de accesibilidad universal de las personas con discapacidad”.

Por otra parte, y con mayor amplitud y detalle, el RD 1796/2010, enuncia el conjunto de obligaciones que corresponden a las agencias de colocación, que son las siguientes:

a) Estar previamente autorizadas por el servicio público de empleo correspondiente y mantener las condiciones y requisitos que posibilitaron la concesión de la autorización.

b) Solicitar autorización para la ampliación de su ámbito de actuación.

c) Garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios, tanto de intermediación laboral como de otras actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, en los términos establecidos en el artículo 22.4 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre.

⁶¹⁸ Los colectivos de trabajadores a los que se refiere el apartado son, según el art. 26 de la Ley de Empleo, las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, discapacitados e inmigrantes.

La gratuidad de los servicios prestados por las agencias de colocación ha sido siempre entendida como uno de los principios básicos de la intermediación. Así lo recoge el nuevo art. 22.4 Ley de Empleo, asumiendo casi íntegramente su anterior redacción: “*La intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de las entidades o agencias de colocación cuando realicen actividades incluidas en el ámbito de colaboración de aquéllas (...) se realizará de forma gratuita para los trabajadores y los empleadores*”.

Podemos preguntarnos si también se predica la gratuidad del servicio para el empresario cuando la intermediación se realice por agencias de colocación privadas y con ánimo de lucro, con independencia de los servicios públicos de empleo. El nuevo art. 22.4.2 de la Ley de Empleo sigue estableciendo la gratuidad del servicio para los trabajadores, no pudiéndose exigir a éstos ninguna contraprestación por los mismos, pero dicho servicio si podría ser cobrado a los empresarios que contratan el servicio de intermediación.

d) Garantizar, en su ámbito de actuación, los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, en los términos establecidos en el artículo 16.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el 22 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre.

e) Garantizar el respeto a la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras en el tratamiento de sus datos⁶¹⁹, sometiendo la actuación en esta materia a la normativa aplicable de protección de datos de carácter personal.

f) No subcontratar con terceros la realización de la actividad objeto de la autorización concedida.

g) Elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de personas desempleadas integrantes de los colectivos prioritarios mencionados en el artículo 26 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, en coordinación con los Servicios Públicos de Empleo y en el marco de la planificación general que se establezca en el Sistema Nacional de Empleo.

h) Cumplir con la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social.

i) Cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

j) Velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y/o profesional requerido.

k) Estar sujeta a las actuaciones del control e inspección que lleven a cabo los servicios públicos de empleo de acuerdo con la normativa de referencia, así como a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y otros órganos de control.

⁶¹⁹VICENTE PACHÉS, F. de (1998): *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid (Consejo Económico y Social de España).

l) Hacer constar en el desarrollo de las actividades como agencia de colocación, en los términos que se indiquen por el servicio público de empleo que concede la autorización, la condición de autorizada y número de autorización en todo lugar donde figure su nombre.

m) Disponer de sistemas informáticos compatibles y complementarios con el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo, con el fin de que el suministro de información sobre demandas y ofertas de empleo, así como del resto de actividades realizadas como agencias de colocación autorizadas, se realice, al menos, con periodicidad mensual y exclusivamente por medios electrónicos.

En este mismo sentido, dentro del marco del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo está previsto crearse un espacio telemático común, al objeto de integrar el conjunto de la información proporcionada por el Servicio Público de Empleo Estatal y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas respecto a las agencias de colocación autorizadas, así como la información que estas agencias les suministren⁶²⁰.

n) Presentar con periodicidad anual, y dentro del primer trimestre de cada ejercicio, una Memoria de las actividades desarrolladas durante el ejercicio anterior, conteniendo, al menos, información relativa a los indicadores de eficacia contenidos en la Disposición adicional primera, así como información sobre su actividad económica como agencia de colocación.

o) Llevar una contabilidad separada con arreglo a la normativa establecida en esta materia para todos los gastos e ingresos derivados de su actividad.

A su vez, la Ley 35/2010 ha llevado a cabo importantes modificaciones en las obligaciones que tienen los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo y de las sanciones que el incumplimiento de dichas obligaciones lleva aparejadas. En definitiva, la adaptación de la legislación de Seguridad Social a la regulación de las agencias de colocación, pone de manifiesto otro tipo de actuaciones por parte de éstas.

Con la modificación del art. 231.1 TRLGSS se pretende permitir la actuación de las agencias de colocación en la realización de determinadas actuaciones que tienen que ver con las obligaciones que suscriben los trabajadores y los solicitantes y beneficiarios de las prestaciones por desempleo y que, hasta el momento, en su mayor parte, eran desempeñadas por el servicio público de empleo⁶²¹.

⁶²⁰ Este espacio permitirá: 1. Comunicar electrónicamente las autorizaciones concedidas para constituirse como agencia de colocación; 2. Acceder a la relación actualizada de agencias de colocación autorizadas por los distintos servicios públicos de empleo, al objeto de que pueda ser conocida tanto por los servicios públicos de empleo como por la ciudadanía. A estos efectos, esta relación estará disponible en las webs de dichos servicios públicos de empleo.; 3. Realizar el suministro de información periódica establecido en el artículo 5.m); 4. cumplimentar la Memoria anual contemplada en el artículo 5.n); 5. Aportar, por las agencias de colocación que tengan suscrito convenio de colaboración con los servicios públicos de empleo, la información resultante de su gestión, cumpliendo los protocolos establecidos en el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo, en cuanto a contenidos y procesos de consolidación de la información.

⁶²¹ Las modificaciones que se han realizado inciden en permitir a las agencias de colocación que hayan suscrito el correspondiente convenio de colaboración a actuar de manera similar a los servicios públicos de empleo en aspectos tales como: a) Ofrecimiento a los solicitantes y beneficiarios de la prestación por desempleo de participación en trabajos de colaboración social, programas de empleo o en acciones de

Al mismo tiempo que se modifica el contenido del TRLGSS, y en clara lógica, se modifican también aquellos artículos del Real Decreto Legislativo 57/2000, 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). En este mismo sentido, el RD 1796/2010 hace una remisión a esta normativa, disponiendo que el régimen de infracciones y sanciones será el contemplado en la LISOS (art. 15 RD 1796/2010)⁶²².

Una vez expuestas las obligaciones a las cuales deben hacer frente las agencias de colocación, es importante precisar ciertas prohibiciones en cuanto al modo de actuación de las citadas agencias de colocación, ya que puede surgir la cuestión de si las agencias de colocación pueden actuar como empresas de trabajo temporal, y por tanto, contratar trabajadores para posteriormente cederlos temporalmente a otras empresas, así como si las empresas de trabajo temporal pueden realizar actividades de intermediación.

En este sentido, y de acuerdo con las modificaciones introducidas por la Ley 35/2010, queda expresamente previsto en el art. 16.3 ET que la actividad relativa a la

promoción, formación o reconversión profesionales [apartado c]; b) Ofrecimiento de una colocación adecuada [apartado c]; c) Requerir la comparecencia de los solicitantes o beneficiarios de la prestación por desempleo para renovar la demanda de empleo [apartado d]; d) Recoger el justificante de aquellos beneficiarios de la prestación por desempleo que hayan comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por los mismos [apartado g].

⁶²² De este modo, se consideran faltas leves para trabajadores por cuenta propia y ajena, por modificación del apartado 1 del art. 17 LISOS: “a) No comparecer, previo requerimiento, ante los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos y así se recoja en el convenio de colaboración, o no renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda, salvo causa justificada. b) No devolver en plazo, salvo causa justificada, a los servicios públicos de empleo o, en su caso, a las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos y así se recoja en el convenio de colaboración, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por aquéllos”.

Igualmente sufre una modificación el apartado 2 del art. 17 LISOS, entendiéndose como falta grave para los citados trabajadores: “Rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, o negarse a participar en programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada, ofrecidos por los servicios públicos de empleo. A los efectos previstos en esta Ley, se entenderá por colocación adecuada la que reúna los requisitos establecidos en el artículo 231.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en aquellos aspectos en los que sea de aplicación a los demandantes de empleo no solicitantes ni beneficiarios de prestaciones por desempleo”.

Respecto de los beneficiarios y solicitantes de prestaciones por desempleo, a partir de la reforma, han de considerarse como infracciones leves, por modificación del párrafo a) del art. 24.3 LISOS: “No comparecer, previo requerimiento, ante los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, o no renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda, salvo causa justificada”.

En el caso de los solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, se considera falta grave, por modificación del apartado 4 del art. 25 LISOS: a) Rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, salvo causa justificada. b) Negarse a participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada, ofrecidos por los servicios públicos de empleo o en las acciones de orientación e información profesional ofrecidas por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos.

contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas se realizará exclusivamente por empresas de trabajo temporal, de manera que de acuerdo con esta previsión legal, queda expresamente prohibida la actuación de las agencias de colocación como empresas de trabajo temporal, y por tanto, se excluye la posibilidad que aquellas puedan contratar a trabajadores para posteriormente cederlos de forma temporal a otras empresas.

Respecto a la posibilidad que las empresas de trabajo temporal, dada su condición de agencias privadas de colocación, puedan realizar actividades de intermediación, la doctrina -atendiendo al contenido del art. 1 del Convenio núm. 181 de la OIT- señala que las empresas de trabajo temporal son agencias privadas de ocupación, no agencias de intermediación⁶²³. De manera que su función en el mercado de trabajo seguirá siendo la misma que hasta ahora, “suministrar, en régimen de exclusividad y de monopolio, trabajadores de manera temporal a empresas usuarias”⁶²⁴. Cuestión que se desprende también del art. 1 de la Ley 14/1994 que regula las ETT y en donde se prevé que su función consistirá en poner a disposición de otra empresa, de manera temporal, a trabajadores contratados por la propia ETT, excluyéndose, por tanto, cualquier manifestación a la posibilidad de actuar como agencia de colocación.

En consecuencia, del contenido de los citados preceptos, entendemos que para que una ETT pueda realizar actividades de intermediación, deberá solicitar la correspondiente autorización para ello, mediante el procedimiento que para tal finalidad se regula en la Ley de Empleo, puesto que la ETT como empresa de trabajo temporal no puede ejercer funciones de intermediación laboral⁶²⁵. Esta imposibilidad ha sido duramente criticada, al entender que aunque “la Ley abre importantes posibilidades de negocio para el sector, pues consiente a la iniciativa privada actividades de intermediación”, se desaprovecha “la existencia de un actor socialmente legitimado, implantado en todo el territorio nacional y en todos los sectores de actividad, con acreditada experiencia en el ámbito de la intermediación laboral, como son las ETT”⁶²⁶. Por consiguiente, la nueva regulación de agencias de colocación autorizadas para colaborar con el sector público ha dejado fuera a éstas. De manera, que si éstas quisieran poder participar de las bases públicas de ofertas y demandas y recibir financiación para intermediar tendrían que crear una sociedad propia e independiente del negocio de empleo temporal para esta actividad⁶²⁷.

⁶²³ VALDÉS DAL-RÉ, F. (2010): “La Reforma de la intermediación laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 21-22, p. 139.

⁶²⁴ CALVO GALLEGU, F. J. y RODRIGUEZ PIÑERO-ROYO, M. (2010): “La adaptación del marco normativo de las Empresas de Trabajo Temporal”, *Relaciones Laborales*, núm. 21-22, p. 193.

⁶²⁵ LÓPEZ ROCA, C. (2011): “La intermediación laboral a partir de la Ley 35/2010: la nueva regulación de las agencias de colocación tras la reforma laboral de 2010”, en AA.VV. (2011): *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sevilla (AEDTSS).

⁶²⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIGUEL, F. (2010): “La reforma laboral: un nuevo marco legal para las empresas de trabajo temporal”; *Actualidad Laboral*, núm. 16, p.1881-1892.

⁶²⁷ Eso es lo que ha hecho *Manpower*, de momento, en Madrid, Cataluña, Aragón, Navarra, Galicia y Andalucía; o el caso de *Randstad* en el País Vasco. Por ello, la patronal de las grandes empresas de trabajo temporal (AGETT) rechaza este sistema de colaboración e insisten en demandar “una ampliación del objeto social” de estas empresas que les permita convertirse en una “agencia global de colocación” que sí pueda colaborar con el sector público sin tener que crear otra empresa (véase diario *Cinco Días*, de 11 de octubre de 2011).

4. VALORACIONES FINALES Y PROPUESTAS DE FUTURO SOBRE EL MODELO ACTUAL DE INTERMEDIACIÓN Y COLOCACIÓN

Tal y como se ha expuesto, la reforma del mercado de trabajo operada por la Ley 35/2010 pretende contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española y para este fin, contempla un conjunto de medidas entre las que se incluían las dirigidas a lograr elevar las oportunidades de las personas desempleadas mejorando los mecanismos de intermediación laboral.

Con los efectos devastadores que la actual crisis económico-financiera está produciendo en el mercado de trabajo y los altos índices de desempleo que se están registrando en nuestro país, era ineludible iniciar una apertura a la colaboración público-privada entre los agentes que intervienen en la intermediación laboral. Si bien, es cierto también, que en épocas de crisis las dificultades económicas se encuentran en la falta de empleos, no en un defectuoso funcionamiento de los mecanismos de colocación e intermediación, “pues aunque presentaran deficiencias –el régimen de colocación en nuestro país es altamente ineficiente- estas ya se darían antes de la crisis”⁶²⁸.

Como decíamos hace un momento, se había producido un fracaso de la actividad de colocación realizada por los servicios públicos y las agencias de colocación sin fines lucrativos y se estaba asistiendo a una proliferación “aceptada” de las agencias de empleo privadas, que, con la salvedad de las ETTs –que no son propiamente agencias de colocación-, actuaban hasta ahora sin una regulación específica. Era pues necesaria una completa reforma de la actividad de intermediación y colocación, que fuera acorde con la realidad práctica y que tuviera por finalidad ordenar y controlar tal actividad así como ajustarse a la normativa internacional existente.

Y es en este contexto donde se modifica la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, procediendo a regular las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, cuya actividad no permitía la normativa anterior, lo que supone complementar la actividad que ya desarrollan los servicios públicos de empleo, con el fin –se cree- de mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo. Como consecuencia de esta mayor intervención y mejor colaboración entre agentes públicos y privados -se piensa- que se conseguirá lograr una más eficaz intermediación, proporcionando a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitando a los empleadores las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades.

Esta claro que algo había que hacer. Algo tenía que cambiar. La presión que supone un récord de 5 millones de parados (última cifra manejada al realizar este estudio) ha forzado al Gobierno de nuestro país a intentar aportar soluciones de la forma que sea, aunque, lógicamente, no todo vale, bajo el pretexto “de la recuperación de la actividad económica”, que, en muchos casos, forzosamente redundará siempre en un deterioro de la posición contractual de los trabajadores. ¿Es éste el camino más acertado para salir de la crisis económica? Como afirma el profesor Palomeque, “a fin de cuentas, se trata de una intervención legislativa típica de *flexibilización* del marco regulador de las relaciones de trabajo, de la tan promocionada y no menos ambigua y sospechosa “flexiseguridad” europea.

⁶²⁸ TOSCANI GIMÉNEZ, D., (2011): “El nuevo marco legal de los servicios de colocación y empleo. Especial referencia a las agencias privadas de empleo y empresas de trabajo temporal tras la reforma laboral de 2010”, Madrid (*RTSS-CEF*), nº 335, p. 132.

En esta corriente de pensamiento, aparecen las recomendaciones que nacen de los análisis de Diamond, Mortensen y Pissarides (premios nobel de economía 2010) quienes insisten en innovar en la intermediación laboral. Se cuestionan si los servicios públicos de empleo están cumpliendo eficazmente con sus funciones de intermediadora del mercado, si, como se desprende de las estadísticas, la institución no ha conseguido reducir el tiempo de búsqueda de empleo y el número de parados que buscan su primer empleo o el de mayores de 45 años aumenta sin cesar. Lo que se pide es que se convierta en una agencia pública de empleo orientada a casar la oferta y la demanda de forma activa, que ofrezca soluciones a los demandantes de empleo y que no se limite a contabilizar el número de personas que pierden o piden trabajo.

Con la presión de los 5 millones de parados, un 40% de desempleados de larga duración y una de las tasas de paro juvenil más altas de Europa, el Servicio Público de Empleo Estatal, necesita, según académicos y expertos, una revisión urgente⁶²⁹. El tema es complejo. Se ha dicho que el sistema español es, junto al belga, el único en Europa con una fuerte descentralización de competencias, lo que ha generado una preocupante desigualdad entre comunidades autónomas en políticas activas, utilización de recursos, control y seguimiento.

También plantea problemas la ausencia de un sistema informático único que integre los datos de la red autonómica. Sin estadísticas homogéneas, el seguimiento y mejora de los servicios son inviables. El RD 1796/2010, crea un espacio telemático común dentro del marco del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo al objeto de integrar la información proporcionada por éstos respecto a las agencias de colocación y la que suministren las propias agencias respecto a la actividad desarrollada.

También se echa en falta en nuestro sistema, en comparación con el de otros países europeos (Francia, Italia, Holanda, Reino Unido)⁶³⁰, poder contar con oficinas y recursos económicos adecuados destinados a tal fin (0,13% del PIB dedicado en España, frente al 0,27 en Alemania y 0,33 en Dinamarca), y en el hecho de no limitarse los servicios públicos de empleo a la simple colocación, sino en centrarse en la asistencia, formación y orientación al desempleado; y a realizar una tarea de evaluación, seguimiento y mejora eficiente. En Holanda el punto fuerte es la estrecha cooperación entre el servicio público de empleo y las agencias privadas de contratación. Expertos británicos en la materia son de la opinión que la clave reside “en equilibrar orientación, monitorización y severidad con los incumplimientos”, pues en “Reino Unido, los parados reciben asistencia personalizada, pero tienen mucha presión para encontrar empleo. Deben mostrar los *emails*, cartas y currículos que envían a las compañías,

⁶²⁹ El RD-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes par la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, impone o marca la tendencia a reconocer a los Servicios Públicos de Empleo como un nuevo tipo de “empresa de servicios”, en el sentido de “organización que aspira a ocupar un lugar central en el mercado de trabajo para atender las cambiantes necesidades de empleadores, de la población ocupada y de demandantes de empleo, convirtiéndose en un sector estratégico”.

⁶³⁰ Éstas y otras cuestiones tuvieron ocasión de exponerse y analizarse en la mesa redonda del congreso bajo la temática: “Los servicios públicos y privados de intermediación en la contratación”, con motivo de la celebración del X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Sevilla, los días 21 al 23 de septiembre de 2011, en la que se contó con la participación de los representantes de Francia, Reino Unido y Dinamarca.

detallar las entrevistas que han hecho...Si no lo hacen pierden el subsidio por desempleo”⁶³¹.

Otro de los retos, tal vez el más complejo, es generar confianza en el propio sistema, lo que significa que empleados y empresas confíen en los servicios públicos de empleo para buscar trabajo y candidatos. Esto es algo que sucede en Alemania, pues las empresas confían en el sistema, pues entre un 30% y un 50% del total de vacantes se registran en el servicio público de colocación, mientras que en España (3,17% de las colocaciones), por el contrario, -salvo las ofertas de la Administración y construcción- las compañías en sectores de mayor valor añadido (financiero, consultoría, telecomunicaciones...) optan por canales alternativos.

Está claro que encajar o ajustar el servicio de quien ofrece un empleo con el interés de quien lo demanda tienen costes (dinero, tiempo...) que se reducen a través de un instrumento eficaz de intermediación... ¿serán efectivamente las agencias privadas de colocación -o sin eufemismos, dejar en manos del sector privado la intermediación- una posible solución para mitigar “ineficiencias o fricciones”? Las empresas privadas - básicamente las empresas de trabajo temporal (ETTs)- ¿cómo van a intermediar? En la norma se potencia a las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, en definitiva a las ETTs, que como es sabido, cubren o copan el 25% de la contratación temporal en España. Como es sabido, en infinidad de ocasiones se utilizan las ETTs como verdadera agencias de colocación. Resultaba contradictorio -con anterioridad a la nueva normativa- cómo se controlaba el ánimo de lucro de las agencias de colocación sin fines lucrativos y se aceptaba que otras agencias que indirectamente realizan tareas de intermediación pudieran obtener beneficios por dicha actividad, como es el caso de las ETTs.

El nuevo panorama que se presenta lo van a pasar a componer los servicios públicos de empleo y las empresas de colocación con funciones ampliadas por la norma (orientar, formar, informar, muchas más actividades que la mera mediación en la contratación...) pero, en definitiva, realizando ambas entidades -públicas y privadas- las mismas funciones. De manera que nos encontramos frente un nuevo marco legal en política de colocación determinado por un modelo complejo, plural, descentralizado, en el que el Servicio Público y entidades privadas se ven obligados a “convivir”, sin que por el momento, a la luz que ofrece la Ley de Empleo, podamos considerar que han quedado perfectamente definidas y delimitadas sus concretas parcelas de actuación⁶³².

⁶³¹ En Reino Unido las agencias públicas de empleo han pasado a copiar el modelo de las agencias privadas (especialización, modelo de formación para toda la vida...) y se produce una competencia entre servicios públicos y privados, y cada vez más se está privatizando más este sector, de manera que la colocación está pasando de manos de los funcionarios públicos a manos de los empleados de las empresas de trabajo temporal.

⁶³² Actualmente se han aprobado medio centenar de agencias privadas de colocación, entre las que las hay con ánimo de lucro y sin él. La mayoría de ellas se encuentran en estos momentos negociando convenios para convertirse en entidades colaboradoras. Sólo cuando consigan estos convenios podrán recibir fondos públicos para financiar sus actividades, si bien la ley exige que tengan, al menos, el 40% de su negocio en el sector privado, “para evitar que solo desarrollen actividades con fondos públicos”. La tendencia de estas agencias es negociar convenios “específicos” que se ocupen de nichos de mercado específicos, ya sea en determinados de actividad o según en la zona (ciudad o incluso barrio) donde realicen la intermediación. Otra parte importante de la actividad de estas agencias será la de acompañamiento de los parados, observar sus capacidad y contrastarlas con las ofertas existentes para poder orientar y recomendar una formación que mejore sus posibilidades de encontrar un empleo.

En este sentido, podemos cuestionarnos si ¿puede ocurrir que los poco o escasamente cualificados acudan a los servicios públicos de empleo y los cualificados se conviertan en principales clientes de las empresas privadas de colocación? Si actualmente, como ha habido ocasión de exponer, las mejores ofertas de empleo ya no pasan por los servicios públicos, todavía habrá menos o se verá sensiblemente reducida una vez extendida y *normalizada* la intermediación privada. En consecuencia podemos cuestionarnos si estamos realmente más que ante una situación de “complementariedad” frente a una de “competencia”.

¿Podría producirse una “sustitución” en la actividad de intermediación y colocación bajo el pretexto del mejor funcionamiento de un servicio público ineficiente? Abogamos por preservar la centralidad y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo estatales y autonómicos, para que no se produzca una posible sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada, en “un resurgir de las tesis liberales decimonónicas defensoras de la reducción completa de la intervención estatal y de la supremacía del mercado en la economía, volviendo a la doctrina del *laissez-faire* en el que llegaría a producirse una absoluta desregulación de la actividad de colocación realizada por las agencias de empleo privadas.”⁶³³

¿Qué ocurre con las competencias concedidas a las agencias de colocación que van a afectar notablemente y de forma determinante a los perceptores de prestaciones de desempleo? Porque estas entidades, de conformidad con la reforma operada, pasan a tener el control del trabajador que percibe prestaciones por desempleo, el cual deberá acudir cuando se le requiera por la agencia de colocación y acreditar ante ésta haber comparecido en el lugar y fecha que se le indique, a los efectos de cubrir las ofertas de empleo si no desea incurrir en la correspondiente infracción tipificada por la LISOS. También estas entidades están facultadas para determinar los trabajos de colaboración social, programas de empleo o acciones de promoción, formación o reconversión profesionales que debe realizar el desempleado beneficiario de prestaciones, quien en caso contrario podrá incurrir, en alguno de estos supuestos, en una infracción grave, con la consiguiente pérdida o extinción de las prestaciones por desempleo. Por otra parte, estas empresas de colocación pueden determinar cuál es la oferta adecuada que el desempleado está obligado a aceptar y cuyo rechazo le puede suponer la consiguiente pérdida o extinción de las prestaciones por desempleo.

Puede ser todavía prematuro extraer conclusiones, pero es el momento de hacer balance de una reforma laboral que lleva su tiempo de andadura y que, a día de hoy, ni se ha creado empleo ni se ha reducido la dualidad del mercado laboral como pretendía. Por consiguiente, la reforma no ha cumplido ninguno de sus dos objetivos, con el paro registrado de unos 5 millones de personas y un aumento de los contratos temporales frente a los indefinidos. En síntesis, ni se ha frenado el paro, ni el trabajo temporal.

⁶³³ En todo caso, esta nueva realidad introducida por la Ley 35/2010 también genera críticas, así la doctrina entiende que “al abrir la colocación a la participación privada con ánimo de lucro se corre el riesgo de que en lugar de mejorar el funcionamiento de los Servicios Públicos, con la excusa de legalizar lo existente, se acabe ya confiando a lo privado lo que los Servicios Públicos no son capaces de hacer”, además, atendiendo a la finalidad lucrativa de las citadas agencias puede conllevar que estas “se centren sobre todo en los trabajadores con mayores posibilidades de encontrar empleo, de manera que en la práctica pueden quedar excluidos aquellos con especiales dificultades”, véase LÓPEZ ROCA, C. (2011): “La intermediación laboral a partir de la Ley 35/2010: la nueva regulación de las agencias de colocación tras la reforma laboral de 2010”, AA.VV., *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sevilla (AEDTSS), p.7.

Esperemos y confiemos que el nuevo marco regulador mejore sustancialmente la labor de intermediación y colocación de las personas desempleadas, de manera que pueda afrontarse eficazmente -y en el menor tiempo posible- el difícil reto de la creación de empleo en tiempos de crisis.
