



Informe jurídico sobre el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo

Febrero 2012



Estimadas compañeras y compañeros,

Este informe jurídico sobre el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que os presentamos, es un trabajo realizado por el Gabinete Jurídico Confederal, Gabinete de Estudios Jurídicos y Gabinete Interfederal, en colaboración con la Secretaría Confederal de Acción Sindical y la Secretaría Confederal de Empleo y Migraciones, que será la base sobre la que se redactarán las enmiendas a proponer a los distintos Grupos Parlamentarios, para su trámite parlamentario en el Congreso y en el Senado.

El Real Decreto-Ley 3/2012, supone menos poder contractual colectivo, más facilidad para el despido, más poder discrecional para el empresario en todas las condiciones de trabajo, incluidas las salariales. En resumen, más desregulación, menos sindicato, menos derechos.

El Real Decreto-Ley 3/2012, afecta de manera clave a las instituciones centrales del Derecho del Trabajo y expropia los derechos de los trabajadores.

Estamos ante un Decreto-Ley que no va a hacer crecer el empleo. Un Decreto-Ley que impone una reforma injusta, ineficaz e inútil, que consagra la dualización del mercado de trabajo, que afecta gravemente a la negociación colectiva y que entrega la llave a los empresarios para que accedan a la caja de la Seguridad Social al eliminar la autorización administrativa de los expedientes de regulación de empleo (ERE).

El verdadero objetivo de esta reforma es reducir los salarios e instaurar el miedo a la falta de trabajo y al despido.

Ante esta grave agresión, el sindicato responde, como siempre, por todos los caminos y de todas las maneras, con el argumento, con la razón, con el debate y explicación, y con todas las formas de movilización que están en nuestras manos, para defender nuestros derechos. Este informe, es un instrumento más para la causa que defendemos a través de nuestra acción sindical.



Paloma López Bermejo
Secretaria de Empleo y Migraciones



Ramón Górriz Vitalla
Secretario de Acción Sindical

El Real Decreto-Ley 3/2012¹ aprobado por el Gobierno el pasado 10 de febrero supone un desbaratamiento del derecho laboral español. **La situación de desigualdad existente entre las partes del contrato de trabajo se resuelve tras la aprobación del RDL, protegiendo y reforzando a la parte más fuerte, el empresario y poniendo fin a la razón de ser del derecho laboral desde su origen, la protección de la parte más débil de la relación laboral, el trabajador.** Se rompe el principio constitucional de igualdad ante la ley, que exige introducir medidas que superando la igualdad formal aseguren la igualdad real. Con las reformas introducidas por el RDL en el contrato de trabajo en particular, y en el derecho laboral en general, se rompe de forma virulenta el principio constitucional de igualdad real ante la ley, protegiendo a la parte más fuerte del contrato y perjudicando a la más débil, es decir se acentúa y acrecienta la desigualdad real entre empresario y trabajador.

OBSERVACIONES GENERALES

- El RDL **presenta serios problemas de inconstitucionalidad**. Las razones de extraordinaria y urgente necesidad han sido puestas en entredicho por el propio presidente del Gobierno que, en su comparecencia en el Congreso, ha reconocido que en este año no sólo no se va a crear empleo sino que se seguirá destruyendo. Se introducen medidas cuya entrada en vigor se aplaza para el año 2013 (reposición del encadenamiento). Se introducen otras que no van a conllevar la recuperación de empleo sino el incremento del desempleo, y otras no guardan relación alguna con la situación actual del empleo como son las medidas restrictivas de los actuales derechos para la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y que limitan las interpretaciones más progresistas realizadas hasta ahora por la mayoría de los jueces de lo social.

Se rompe, en algunas de las medidas, el principio de igualdad ante la ley (Art. 14 de la Constitución) sin que existan razones de suficiente proporcionalidad y objetividad que las justifiquen. Se establece el arbitraje obligatorio por ley a petición de una de las partes (el interés es de la empresa) en los supuestos de inaplicación de un convenio colectivo, afectando al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (Art. 24 de la Constitución).

- **Introduce en nuestro derecho el despido libre y gratuito** a través del nuevo contrato aprobado para las empresas de menos de 50 trabajadores, lo que atenta contra el derecho a la igualdad y el derecho al trabajo (Arts. 14 y 35 de la Constitución).

¹ RDL

- **Otorga al empresario un poder absoluto sobre las condiciones laborales de los trabajadores**, en materias como jornada de trabajo; horario y distribución del tiempo de trabajo; sistema de remuneración y cuantía salarial y régimen de trabajo a turnos.
- **Se quebranta seriamente el derecho constitucional a la negociación colectiva**, en tanto que el empresario, mediante la figura final impuesta del arbitraje, puede incumplir el convenio colectivo.
- **Se limita el control judicial** en movilidad geográfica, modificación de condiciones de trabajo, inaplicación del convenio colectivo, ERES de suspensión, reducción de jornada y despido colectivo. No se contempla la valoración por los jueces sociales de la finalidad o razonabilidad de las medidas empresariales adoptadas.
- **No sólo se mantiene la dualidad del mercado de trabajo, sino que se incrementa. Se darán tres escalas de trabajadores, con distinta protección frente al despido o extinción del contrato:** Los contratados con el nuevo contrato para empresas de menos de 50 trabajadores, que serán temporales durante su primer año y podrán ser despedidos en ese periodo sin derecho a indemnización. Los contratados con contratos temporales que podrán ser despedidos con una indemnización de nueve, diez, once y doce días respectivamente en los años 2012, 2013, 2014 y 2015, y el resto de los trabajadores que podrán ser despedidos con 20 días por año.
- **El RDL choca frontalmente con el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014**, firmado recientemente entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, en aspecto tan fundamentales como la estructura de la negociación colectiva y la inaplicación pactada de los convenios colectivos. Por otra parte, con las nuevas causas de modificación de las condiciones de trabajo, inaplicación de los convenios colectivos, suspensión temporal de los contratos, reducción temporal de la jornada de trabajo y despidos objetivos y colectivos, se desequilibra lo pactado en materia salarial en tanto que dificulta el pacto de complementos variables basados en beneficios.
- **El RDL acentúa las desigualdades en el ámbito laboral entre mujeres y hombres**, en tanto que éstas se van a ver particularmente afectadas por el poder unilateral que se concede al empresario para la modificación de las condiciones de trabajo e inaplicación de los convenios colectivos, que en muchos casos las va a obligar a salir nuevamente del mercado de trabajo, así como por el retroceso que la Disposición final primera y Disposición derogatoria única del RDL introducen respecto a las medidas de conciliación aprobadas por la LOIEMH.

I.- MEDIDAS PARA FAVORECER LA EMPLEABILIDAD DE LOS TRABAJADORES

Formación profesional

Las medidas adoptadas en formación profesional por el Gobierno atropella el acuerdo alcanzado entre las organizaciones sindicales y empresariales el pasado 4 de enero en relación con la formación para el empleo. El plazo de seis meses previsto para la negociación de unos nuevos Acuerdos y el compromiso de proceder a las convocatorias de planes de formación en 2012 se ven ahora seriamente comprometidos con decisiones que condicionan los contenidos de cualquier futura negociación y que alteran, en cualquier caso, las futuras convocatorias de planes de formación.

Se reconoce como derecho individual de los trabajadores la formación profesional, que el Art. 23 del ET cuantifica en 20 horas anuales, acumulables por tres años, para los trabajadores con un año de antigüedad, pero en esta materia, como en tantas otras **se desprecia el derecho laboral colectivo, y en concreto la negociación colectiva**, en tanto que se sitúa en el acuerdo individual entre trabajadores y empresario la concreción del disfrute de las horas.

Contrato para la formación y el aprendizaje

Modificaciones más relevantes:

- Se amplía su duración, para fijar definitivamente el máximo en tres años (ya estaba previsto en la norma anterior que se ampliara de dos a tres años vía negociación y en otros supuestos).
- Se permite que el trabajador pueda volver a ser contratado en la misma o distinta empresa con esta modalidad (antes esto estaba vedado) si lo es para una actividad laboral u ocupación distinta.
- La formación puede recibirse en la misma empresa y ya no está previsto que el contrato facilite a los trabajadores que no tengan la titulación de ESO su adquisición.
- En el segundo y tercer año el tiempo de trabajo efectivo puede alcanzar hasta el 85% de la jornada (antes siempre el 75% de límite).

El contrato de formación y aprendizaje desnaturaliza su condición formativa para convertirse en un contrato cuasi de inserción para jóvenes menores de 30 años.

Reducciones de cuotas en los contratos de formación

El contrato para la formación celebrado con desempleados inscritos como demandantes de empleo, supone COSTE CERO para el empresario. Se establece una reducción del 100% de todas las cuotas de SS (incluyendo contingencias profesionales, desempleo y también FOGASA).

La reducción es del 75% si la empresa tiene o supera los 250 trabajadores.

Posteriormente, si el contrato se transforma en indefinido también se establecen importantes reducciones.

Al no utilizarse la vía de la bonificación sino la de reducción de cuotas, se reducen los ingresos de Seguridad Social.

Programa de sustitución de trabajadores que participan en acciones formativas

Si las acciones de formación están financiadas por las Administraciones Públicas el empresario puede sustituir al trabajador en formación **por un desempleado perceptor de prestaciones** abonando las cuotas de Seguridad Social y la diferencia entre la prestación y la retribución que le corresponda. El desempleado está obligado a participar en dichas acciones.

Hasta ahora la Disposición transitoria sexta de la Ley 45/2002 permitía que, de manera voluntaria, los parados beneficiarios de prestaciones por desempleo pudieran sustituir a trabajadores en formación en empresas de menos de 100 trabajadores. La nueva reforma laboral convierte esta sustitución en obligatoria y elimina el límite del tamaño de empresa.

Esto supone un aprovechamiento por el empresario de la prestación contributiva de desempleo a la que tiene derecho el trabajador por haber trabajado y cotizado el tiempo exigido por la LGSS. Se quiebra la naturaleza de dicha prestación como rentas de sustitución del salario para el trabajador en desempleo (y provenientes de cuotas de Seguridad Social y presupuestos) para el aprovechamiento privado de la empresa y **se rompe el principio de todo contrato laboral: pago del salario por el empresario a cambio de la prestación laboral del trabajador**. En este caso el trabajador trabaja, pero el empresario no paga el salario, o sólo paga una parte del mismo.

II.- FOMENTO DE CONTRATACIÓN INDEFINIDA Y OTRAS MEDIDAS PARA FAVORECER LA CREACIÓN DE EMPLEO

Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores

Se señala en la exposición de motivos que la reforma apuesta por el equilibrio entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal. Nada más incierto, el RDL no suprime ni modifica ninguno de los contratos temporales, al contrario crea un nuevo contrato al que denomina indefinido, pero que en realidad es un nuevo contrato temporal. **Lo que hace la reforma es hacer temporales, pero sin derecho a indemnización alguna, a todos los trabajadores que a partir de esta fecha suscriban en el 95% de las empresas españolas, el mal denominado contrato indefinido de apoyo a los emprendedores.**

Se pervierte profundamente el término emprendedor al equiparlo con empresas de menos de 50 trabajadores, que mayoritariamente son sociedades mercantiles, muchas de ellas participadas por grandes sociedades.

Este nuevo contrato se identifica con el ya tantas veces anunciado “**contrato único**”, pues será el mayoritariamente utilizado por la casi totalidad de nuestras empresas, ya que prácticamente todas están dentro del universo empresarial que puede utilizarlo.

Y será el contrato único porque se dispone de un año para poder rescindirlo sin indemnización, y por tanto sale más barato que los contratos temporales, cuya indemnización este año es de nueve días; y será de diez, once y doce días los años 2013, 2014 y 2015 respectivamente.

Y se dispone de un año para extinguir el contrato sin indemnización, porque el propio RDL incurre en un **fraude de ley**, es decir acude a la figura del periodo de prueba, alargando por disposición legal y con carácter general, el hasta ahora previsto, sin que exista causa alguna fundada en razones objetivas y razonables que lo justifique, y ello para permitir la resolución del contrato de forma libre para el empleador durante el primer año de su vigencia.

La consecuencia es que **estamos ante un contrato temporal sin causa de un año de duración, que incrementa la dualidad en el mercado de trabajo, e introduce una submodalidad de despido respecto a los hasta ahora existentes, el despido sin causa y sin indemnización, lo que conlleva la desprotección total del trabajador frente al poder empresarial.** Sólo superado el primer año de duración del contrato se estará ante un contrato indefinido.

Por otra parte, la ampliación del periodo de prueba en los términos realizados presenta serias dudas de inconstitucionalidad. El periodo de prueba tiene su justificación en la

necesidad de acreditar que un trabajador es apto para las tareas para las que ha sido contratado, es un elemento subjetivo que reside en la capacidad y aptitud del trabajador, y no en las circunstancias de las empresas. Hasta la fecha el ET sólo establecía una insignificante diferencia en el periodo de prueba respecto a las empresas de menos de 25 trabajadores, para incrementar en un mes, de dos a tres, el periodo de prueba de los trabajadores sin titulación técnica, la ampliación hasta un año para todos los trabajadores no reúne las exigencias constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, tanto más cuanto la consecuencia real de la misma, es establecer un despido sin causa y gratuito durante el primer año. Igualmente infringe el Art. 35 de la Constitución en tanto que establece el derecho al despido sin causa durante el primer año del contrato, pese a haberse reconocido por el Tribunal Constitucional que el derecho al trabajo impide el despido sin causa.

Para reforzar y afianzar este nuevo contrato como **el contrato único del futuro de nuestro derecho laboral** en la inmensa mayoría del tejido productivo español, se acompaña con incentivos fiscales y bonificaciones para hacerlo más atractivo.

Lo más destacable y negativo **es la concesión de incentivos fiscales por la contratación mediante esta nueva modalidad, de desempleados beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo**, que conllevará el derecho de las empresas a la deducción fiscal con un importe equivalente al 50% de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación, con el límite de doce mensualidades, y es especialmente negativo por dos razones:

- Porque colocará en peor situación de empleabilidad a los parados que hayan agotado la prestación contributiva y que, por tanto, ya están en una situación de mayor precariedad, en relación con los parados que aún la perciben.
- Porque supone un aprovechamiento para los empresarios del dinero público, en tanto que se contempla como medida complementaria a la deducción fiscal **el que el trabajador podrá compatibilizar el cobro del 25% de las prestaciones de desempleo con esta modalidad contractual, con el correspondiente consumo de la misma**, con lo que, obviamente, **las prestaciones servirán para sufragar los costes empresariales por una doble vía (incentivos fiscales por contratar beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo y traspaso del gasto del 75% de la prestación del trabajador, que sólo percibirá el 25% de la prestación, a incentivar a la empresa)**. Nuevamente se produce una transferencia de las prestaciones sociales para provecho del empresario.

Además se establecen una **deducción fiscal de tres mil euros para el empresario** cuando el primer contrato de trabajo que suscriba lo formalice con un menor de 30 años.

Las bonificaciones, compatibles con las previsiones anteriores, se aplican si la contratación afecta a determinados colectivos: menores de treinta y mayores de cuarenta y cinco, que se incrementan si se trata, dentro de los mismos, de mujeres.

No se aplican las exclusiones tradicionales de la bonificación (Ley 43/2006) que buscaban evitar el efecto sustitución de trabajadores con más derechos o el fraude.

Contrato de trabajo a tiempo parcial

La modificación permite la realización de horas extras. **Con ello se precariza aún más el contrato a tiempo parcial, con mayor repercusión para las mujeres trabajadoras.**

Si no se garantiza un control sobre estas horas extras, lo que resulta difícil tanto para la inspección de trabajo como para la jurisdicción social, éstas podrán sustituir a las complementarias pero con peores consecuencias. Las complementarias exigen acuerdo escrito y se puede denunciar, entre otros supuestos, por responsabilidades familiares. Las extraordinarias no exigen tal pacto, y pese a su carácter voluntario, **es muy fácil para el poder empresarial**, y más con las pocas limitaciones que tiene tras la aprobación del RDL y con las consecuencias que puede acarrear la negativa a hacerlas, **imponer dichas horas, haciendo aún más difícil, en mucho mayor medida para las mujeres que constituyen el 76% de la ocupación a tiempo parcial, compatibilizar la vida laboral con la familiar.**

Las horas extras computarán para las bases reguladoras de todas las prestaciones (también para las derivadas de contingencias comunes), y no podrán realizarse más horas extraordinarias que las establecidas legalmente en proporción a la jornada de trabajo (80 horas año para jornada completa). La suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder de la jornada a tiempo completo comparable.

III.- MEDIDAS PARA FAVORECER LA FLEXIBILIDAD INTERNA EN LAS EMPRESAS COMO ALTERNATIVA A LA DESTRUCCIÓN DE EMPLEO

Las medidas introducidas por el Gobierno en este capítulo son profundamente injustas y desequilibradas:

- *Se concede un poder ilimitado al empresario que repercutirá gravemente en la parte más débil del contrato, el trabajador.*

- *Se menoscaba el papel constitucional que el artículo 7 de la Constitución reconoce a los sindicatos: la defensa de los intereses sociales y económicos de los trabajadores.*
- *Se limita la acción sindical y el papel de la negociación colectiva que forma parte del derecho constitucional de los sindicatos.*
- *Las medidas que incrementan la flexibilidad interna en las empresas se adoptan sin incrementar la participación de la representación de los trabajadores.*
- *Se individualizan las relaciones laborales, con grave afectación de los derechos colectivos y por ende a los derechos individuales, en tanto que menoscabando la acción sindical y la negociación colectiva, se sitúa al trabajador en mayor indefensión frente al empresario.*

Los aspectos más destacados de las medidas de flexibilidad interna son los siguientes:

Clasificación profesional

Se modifica el sistema de clasificación (Art. 22 ET) para hacer desaparecer las categorías como mecanismo para la clasificación profesional de los trabajadores, y en la Disposición adicional novena del RDL se obliga a todos los convenios vigentes cuya clasificación profesional esté basada en categorías, a modificarla en el plazo de un año.

Para hacer más amplias y por tanto polivalentes las tareas a desempeñar por los trabajadores, se define el grupo profesional de forma más laxa, disponiéndose que un grupo profesional puede incluir distintas responsabilidades asignadas al trabajador. **Es decir el empresario podrá obligar a realizar un mayor abanico de tareas al trabajador dentro del grupo.**

Se empeoran las condiciones en los supuestos de polivalencia; cuando se acuerda la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizaba antes del RDL en virtud de las funciones prevalentes, ahora se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo, aunque sean de inferior nivel.

Tiempo de trabajo.

Se concede al empresario, modificando el Art. 34 del ET (jornada de trabajo), la disponibilidad de un margen de distribución irregular de la jornada del 5%, a falta de otra previsión en el convenio colectivo. Esta posibilidad ya fue introducida por el RDL 7/11 en el Art. 85 del ET. Lo que hace el RDL es trasladar la previsión del Art. 85 al 34 del ET.

Movilidad funcional

Se modifica la movilidad funcional (Art. 39 del ET) en los mismos términos y con los mismos objetivos que se modifica el Art. 22 del ET es decir, **para hacer más amplias y por tanto polivalentes las tareas a desempeñar por los trabajadores**. Se suprime la referencia a la movilidad entre categorías, para regular las de fuera y dentro del grupo, con un mayor nivel de asignación de tareas y **eliminando algunas de las limitaciones hasta ahora existentes para la asignación de funciones fuera del grupo** y, en concreto, para la asignación de funciones inferiores no se exige la justificación por razones perentorias o imprevisibles de la actividad laboral.

Movilidad geográfica

Se amplía el poder unilateral del empresario; se reduce el papel de la Autoridad Laboral y el control judicial y no se incrementa la participación de la representación de los trabajadores.

Se modifica el Art. 40 del ET, desnaturalizando al máximo las causas justificativas de los traslados geográficos, de modo que el empresario unilateralmente, tras agotar el periodo de consulta si es colectivo, podrá cambiar de residencia al trabajador por la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, y será suficiente con que dichas causas estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial.

El traslado colectivo sigue exigiendo periodo de consulta y notificación a la Autoridad Laboral para su conocimiento, pero ésta ya no podrá suspender un traslado ampliando los plazos para hacer efectivo el mismo.

Modificación sustancial de condiciones de trabajo

Como en el anterior supuesto se amplía el poder unilateral del empresario; se reduce el control judicial y no se incrementa la participación de la representación de los trabajadores.

Se modifica el Art. 41 del ET para excluir del mismo las modificaciones de las condiciones reguladas en el convenio colectivo, que pasan a regularse todas en el Art. 82 junto al descuelgue salarial. Por tanto, en el 41 se quedan las modificaciones que no derivan de un convenio, aunque sí de un pacto o acuerdo colectivo, y en el 82 se incluyen todas las modificaciones de las condiciones reguladas en un convenio.

Se facilita enormemente el poder discrecional del empresario en tanto que las causas justificativas son tan laxas que en ellas cabe cualquier mínima justificación y así se dispone que la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, y se consideraran tales causas las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Cualquiera de dichos supuestos, al margen de cual sea su intensidad, vale para que el empresario pueda disponer de las condiciones laborales del trabajador, aunque éstas tengan su origen en la negociación colectiva entre la empresa y los representantes de los trabajadores. **El poder empresarial, apoyándose en unas causas profundamente laxas en su definición, puede situarse por encima de lo acordado a nivel colectivo mediante acuerdos o pactos colectivos, dejando en situación de profundo menoscabo la acción sindical de los sindicatos en la empresa y lesionando, por tanto, su derecho de libertad sindical, y colocando a los trabajadores en una posición de gran debilidad frente al poder unilateral del empresario.**

Se incluye, entre las condiciones objeto de modificación, la cuantía salarial, cuando antes sólo era posible modificar a través del Art. 41 del ET el sistema de remuneración.

En las modificaciones individuales se reduce de 30 a 15 días de antelación a la fecha de efectividad, el plazo para notificar la modificación de las condiciones de trabajo a los trabajadores y a sus representantes.

Suspensión del contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativa o de producción o derivadas de fuerza mayor

Se amplía el poder unilateral del empresario; se reduce el papel de la Autoridad Laboral y el control judicial y no se incrementa la participación de la representación de los trabajadores.

Desaparece la exigencia de que la Autoridad Laboral tenga que aprobar el expediente de regulación de empleo por suspensión del contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativa o de producción o derivadas de fuerza mayor.

El empresario, tras el periodo de consulta, y aunque no haya acuerdo, podrá suspender los contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión.

El empresario sólo tendrá que comunicar a la Autoridad Laboral la apertura de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días.

La Autoridad Laboral dará traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de 15 días desde la notificación a la Autoridad Laboral de la finalización del período de consultas y quedará incorporado al procedimiento. **En tanto que el informe de la Inspección se emite después de agotar el periodo de consultas sólo podrá ser tenido en cuenta en vía judicial, recabando su aportación como prueba.**

Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores y a la Autoridad Laboral su decisión sobre la suspensión. Esta comunicará la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación de desempleo, fecha a partir del cual surtirá efectos la decisión empresarial sobre la suspensión de los contratos, salvo que en ella se contemple una posterior.

La supresión de la autorización administrativa va a afectar seriamente a la acción sindical y a su capacidad de negociar mejores acuerdos, en tanto que la empresa puede, a falta de acuerdo, imponer la suspensión o reducción jornada.

Se produce un problema respecto al contenido de las causas justificativas. El Art. 47 del ET exige que existan causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero no define su alcance, por lo que se puede interpretar que debe tener el mismo que el previsto para el despido colectivo, que es un poquito más exigente, o que basta que tenga el de las modificaciones de las condiciones de trabajo, lo que aún sería peor.

No se establece por norma cuál es el límite máximo de duración de la medida, por lo que, con un claro abuso de derecho en tanto que no existe la autorización administrativa previa, el empresario podría aplicarla por un periodo de tiempo más allá del periodo al que el trabajador tiene derecho a prestación de desempleo, lo que le colocaría en una situación de gran precariedad, tanto más cuando no se contempla la posibilidad de que el trabajador pueda pedir la extinción del contrato con derecho a 20 días de indemnización

por año y con un tope de nueve mensualidades, como sí se contempla para la movilidad geográfica y la modificación de condiciones de trabajo. Por otra parte, no hay recurso de suplicación en las sentencias dictadas por los juzgados de lo social en las demandas interpuestas por los trabajadores contra la suspensión del contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativa o de producción o derivadas de fuerza mayor acordada por el empresario.

Esta medida, en los términos en los que está contemplada por el Art. 47 del ET, y sin la intervención y control de la Autoridad Laboral, puede conllevar un profundo abuso de derecho por el empresario y colocar en una situación de profunda indefensión y precariedad al trabajador.

Negociación colectiva

Las modificaciones efectuadas en este artículo, de gran trascendencia sindical, presenta importantes consecuencias para el derecho colectivo e individual de los trabajadores:

- **quebranta seriamente el derecho constitucional a la negociación colectiva**, en tanto que el empresario, mediante la figura final impuesta del arbitraje, **puede incumplir el convenio colectivo**.
- **Impide una ordenación razonada de la estructura de la negociación colectiva**, dejando vacía de contenido la capacidad ordenadora de la misma a través de los acuerdos y convenios de nivel estatal y de comunidad autónoma.
- **Menoscaba la efectividad de la acción sindical y de la negociación colectiva de los sindicatos en la empresa, afectando gravemente al derecho constitucional de libertad sindical**.
- La pérdida de ultraactividad de los convenios **individualiza las relaciones laborales**.
- **Sitúa la preferencia aplicativa de los convenios colectivos en el nivel donde la acción sindical tiene más dificultad de penetración**, tanto más en un tejido productivo como el español en el que el 95% de las empresas son de menos de 50 trabajadores.

Por otra parte, se deja prácticamente sin efecto la modificación realizada por el RDL 7/2011 en el Título III de ET sobre la negociación colectiva.

Se modifica el Art. 82 del ET para incluir junto al descuelgue salarial, la inaplicación de las condiciones laborales fijadas en cualquier convenio colectivo sobre:

- a) Jornada de trabajo (**hasta ahora la jornada máxima del convenio sectorial no se podía modificar en la empresa, ni tan siquiera con el acuerdo de la representación legal de los trabajadores**).
- b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial (antes régimen salarial).
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.
- g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social (**hasta ahora no se podían modificar**).

Se facilitan las causas para el descuelgue salarial, así como para el resto de las condiciones a inaplicar. Hasta ahora sólo era posible cuando existían causas económicas, a partir de ahora se justifica también la inaplicación por causas técnicas, productivas y organizativas.

Es suficiente para la inaplicación por causas económicas que 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 o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos.

Es suficiente para la inaplicación por causas técnicas que se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; **por organizativas** que se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y **por causas productivas** que se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Se asegura en cualquier caso la inaplicación del convenio por el empresario y así, en caso de desacuerdo durante el periodo de consultas, cualquiera de las partes (la más interesada sin duda es la empresa) podrá someter la discrepancia a la Comisión Paritaria del convenio. Cuando ésta no alcance un acuerdo, las partes podrán acudir a los sistemas de solución de conflictos y si estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes (la más interesada sin duda es la empresa) podrá someter la solución de las

discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC), órgano de carácter tripartito del que forma parte la Administración, o a su equivalente en las comunidades autónomas, que podrá resolver en su propio seno o nombrar un árbitro.

En las Disposiciones adicionales quinta y sexta se potencia a la CCNCC y se establece un mes para dictar un decreto dotándola de medidas de apoyo para cumplir sus funciones.

Es preciso recordar que la firma de los convenios colectivos estatutarios sectoriales corresponde, por la representación de los trabajadores, a las organizaciones sindicales más representativas y representativas en el sector, y de los convenios estatutarios de empresa a la representación legal de los trabajadores (delegados de personal o comités de empresa y secciones sindicales). No obstante **la inaplicación en la empresa de todos los convenios (sectoriales de cualquier ámbito y empresariales)** que se generaliza y se hace extensiva a las condiciones de trabajo más sustanciales previstas en los convenios colectivos, **se puede realizar, en ausencia de representación de los trabajadores, por acuerdo con una comisión formada por tres trabajadores, totalmente manipulable por el empresario, dejando vacío de contenido el convenio estatutario.**

Se modifica el Art. 84 del ET para establecer la preferencia aplicativa, sin limitaciones, del convenio de empresa, grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas, sobre el convenio del sector.

La preferencia absoluta del convenio de empresa, sin posibilidad de limitación alguna a través de acuerdos intersectoriales o sectoriales, o convenios sectoriales estatales o de comunidad autónoma, devalúa la acción sindical y la capacidad de regular de forma uniforme las condiciones de trabajo a nivel sectorial. **Se sitúa la preferencia aplicativa de los convenios, precisamente en el ámbito de negociación donde la fuerza sindical es más débil**, tanto más cuando la inmensa mayoría de nuestras empresas son de muy bajo número de trabajadores por lo que la capacidad de acción sindical es más reducida y por tanto el poder empresarial se impone con mayor facilidad, sin un contrapeso equilibrado de la actividad sindical.

Impide una ordenación razonada de la estructura de la negociación colectiva, dejando vacío de contenido la capacidad ordenadora de la misma prevista en el Art. 83 del ET, a través de los acuerdos y convenios de nivel estatal y de comunidad autónoma, que queda limitada a una ordenación sectorial.

Se impide asimismo una ordenación uniforme de las condiciones laborales a nivel sectorial.

Se modifica el Art. 85 del ET para eliminar como contenido mínimo de los convenios plazos legales para su denuncia, inicio de negociación y plazos máximos para su renovación. Se modifica las competencias de las comisiones paritarias y se les deja de atribuir funciones por mandato legal.

El reforzamiento del papel de las comisiones paritarias que había llevado a cabo el RDL 7/2011, se ha dejado sin efecto.

Se modifica el Art. 86 del ET para modificar la vigencia de los convenios colectivos.

Especial trascendencia tiene esta modificación, en tanto **que suprime la ultraactividad** de los convenios y sólo la mantiene, salvo pacto en contrario, dos años tras su finalización. Terminado este periodo sin alcanzar acuerdo o sin un laudo arbitral que lo sustituya, se aplicará el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación. **Esto conlleva la individualización de las condiciones de trabajo, pues de ser inferiores las condiciones del convenio superior, los trabajadores mantendrán las del convenio de origen, incorporadas a sus contratos de trabajo y podrán ser modificadas por el empresario unilateralmente de conformidad con el Art. 41 del ET. Igual ocurrirá si no hay convenio superior.**

Plantea dudas cuando hay que entender transcurrido el plazo de negociación de un convenio para acudir a los sistemas de solución de conflictos.

Para los convenios que actualmente están en situación de ultraactividad, por haber sido denunciados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL, el plazo de dos años empieza a partir de esta fecha, por lo que en defecto de acuerdo o arbitraje, el 12 de febrero de 2014 pierden la vigencia.

Se modifica el Art. 89 del ET para suprimir los plazos legales de denuncia, inicio y plazo máximo de negociación, al igual que se hace respecto al Art. 85.

Medidas de apoyo a la suspensión de contratos y a la reducción de jornada

Solo con carácter temporal se recupera la bonificación del 50% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, para la suspensión de contratos y la reducción temporal de jornada y sólo en relación con las solicitudes de regulación de empleo presentadas desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013.

Reposición del derecho a la prestación por desempleo

Se recupera, **aunque limitada en el tiempo**, la reposición de la prestación de desempleo para las suspensiones o reducciones de jornada que se hayan producido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, ambos inclusive; y que el despido se produzca entre la fecha de entrada en vigor del 12 de febrero de 2010 y el 31 de diciembre de 2013, el derecho a la reposición de la duración de la prestación por

desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial durante las suspensiones o reducciones con un límite máximo de 180 días.

La reposición será de aplicación cuando en el momento de la extinción de la relación laboral:

- a) Se reanude el derecho a la prestación por desempleo.
- b) Se opte por la reapertura del derecho a la prestación por desempleo inicial, en ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 210.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.
- c) Se haya agotado la prestación por desempleo durante la suspensión o la reducción de jornada y no se haya generado un nuevo derecho a prestación por desempleo contributiva.

Es decir, operará en cualquiera de los tres supuestos.

IV.- MEDIDAS PARA FAVORECER LA EFICIENCIA DEL MERCADO DE TRABAJO Y REDUCIR LA DUALIDAD LABORAL

Suspensión temporal de la aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores

El Gobierno, en el RDL, **no ha adoptado ninguna medida efectiva para evitar la temporalidad en nuestro mercado de trabajo, al contrario, mediante un denominado contrato indefinido, crea una nueva modalidad de contrato temporal sin causa y con despido gratuito.**

Por otra parte sólo se recupera el encadenamiento a partir de enero de 2013, es decir sólo 8 meses antes de lo previsto en el Art. 5 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, cuando la recuperación del encadenamiento debería ser inmediata desde la entrada en vigor del RDL.

Medidas en relación con la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas

Se mencionan tres aspectos nucleares de esta reforma.

a) La extensión de las causas de despido de carácter económico, aplicable tanto al despido colectivo como al objetivo y la exclusión del control judicial sobre su idoneidad.

Se alude a que se considera causa de despido la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de las ventas o ingresos, considerándose persistente si la disminución de las ventas o ingresos de la empresa se prolonga durante tres trimestres consecutivos.

Por otra parte, se elimina cualquier referencia a la relevancia que tiene dicha situación en relación con el mantenimiento del empleo

Dice ahora el art. 51.1 ET:

"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 o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado."

Con ello se da un parámetro que pretende objetivar el supuesto sobre el que opera la causa económica, pero presenta al menos tres graves indeterminaciones.

1.- En primer lugar se trata de reducción de ingresos o ventas -ni siquiera pérdidas- durante un periodo inferior a un ejercicio económico, al aludir solamente a un periodo temporal de nueve meses, y desde el punto de vista económico financiero tal periodo ni siquiera determina que en un ejercicio se hubieran materializado con resultados negativos, por lo que más bien estamos ante un mero indicio de la previsión de que las pérdidas se pueden materializar en el ejercicio. Frente a lo afirmado para justificar dicha reforma esto supone ampliar el supuesto en el que las empresas pueden utilizar el despido como mera medida preventiva, eludiendo la utilización de otros mecanismos de flexibilidad interna en la empresa.

2.- En segundo lugar, y a diferencia de la regulación anterior del art. 51.1 ET, no se exige que la situación económica negativa en la que se justifique la extinción de los contratos de trabajo haya de tener una potencialidad suficiente para afectar a la viabilidad de la

empresa o a su capacidad para mantener el volumen de empleo en la misma, sobre lo que la empleadora no ha de acreditar absolutamente nada.

De esta forma, una mera reducción de las ventas durante tres trimestres consecutivos se constituye por sí sola en causa para la extinción colectiva de los contratos de trabajo, con independencia del impacto que esta reducción de ventas haya producido en su situación económico-financiera, y en su capacidad para mantener el volumen de empleo.

Así, es posible que ahora puedan acudir a la figura del despido colectivo por causas económicas empresas en una situación económica saneada, sin ningún atisbo de riesgo previsible sobre su continuidad o sobre su capacidad de mantener su actual volumen de empleo, y que incluso gocen de una posición de supremacía en el contexto de su mercado competitivo, sobre la exclusiva consideración de que se haya producido una reducción de sus ventas durante tres trimestres consecutivos.

Antes de la reforma, la afectación de las dificultades económicas de la empresa a su viabilidad o a su capacidad para mantener su volumen de empleo se integraba dentro del presupuesto objetivo de la causa económica, de modo que las extinciones de los contratos de trabajo que se llevaban a cabo con el despido colectivo se articulaban como una respuesta ante la situación económica negativa de la empresa que comprometía su existencia misma o su capacidad para el mantenimiento del resto de puestos de trabajo.

Pero ahora, la extinción de los contratos de trabajo se vincula a una mera reducción de ventas durante tres trimestres consecutivos, que no tienen que implicar pérdidas para la empresa, no tienen que suponer ningún riesgo para su continuidad hacia el futuro, y ni tan siquiera han de comprometer sus disponibilidades financieras como para hacer inviable para la misma el mantenimiento del conjunto de los puestos de trabajo.

En definitiva, la continuidad de la empresa y el mantenimiento del empleo del mayor número posible de trabajadores eran los valores jurídicos a los que se supeditaban los despidos colectivos basados en causas económicas, y que la reforma llevada a cabo tiene la virtualidad de degradar y dejar sin efecto, hasta el punto de que el mantenimiento del empleo en la empresa ya no se identifica con un valor social y económico digno de protección, en cuanto se supedita a la mera evolución de la competitividad empresarial en el mercado durante tres trimestres consecutivos.

3.- La reforma del art. 51 ET ha suprimido la obligación de que la empresa justifique que de sus resultados económicos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

Se rompe el elemento nuclear de la justificación de la decisión empresarial, que ponderaba el sacrificio anudado a la materialización del despido colectivo con la entidad y gravedad de las dificultades económicas invocadas, atendiendo al volumen económico del conjunto de la empresa y a su origen causal. En este contexto, la empresa tenía que

acreditar la razonabilidad del despido colectivo, donde el mantenimiento de la posición competitiva en el mercado actuaba como referente del juicio de razonabilidad anteriormente expuesto.

Con la reforma, desaparece por completo el juicio de razonabilidad, que es donde mayores dificultades encontraban las empresas a la hora de llevar a cabo un despido colectivo por causas económicas.

Ahora, la empresa no tiene que justificar la gravedad de su situación económica, sino que basta con la mera invocación de una reducción de ventas durante tres trimestres consecutivos para que pueda llegar a apreciarse causa para un despido colectivo. Ya no tiene que aportar ninguna justificación ni prueba sobre la razonabilidad del despido colectivo en sí mismo considerado, aunque se de el caso de que se trate de una empleadora que goza de una posición de primacía en su entorno de mercado y la reducción de sus ventas se deba a la situación general de la economía y no a la reducción de sus capacidades comerciales o competitivas frente al resto de empresas competidoras de su sector.

En definitiva, se ha objetivado el concepto de causa económica para llevar a cabo el despido colectivo. Ahora se permite que las empresas puedan vincular de forma directa y automática su volumen plantilla a la evolución de su línea de ventas o ingresos, configurándose la vía del redimensionamiento de plantilla como fórmula automática y directamente accesible por la empresa ante reducciones de ventas que ni tan siquiera alcancen un ejercicio económico completo, lo que sencillamente resulta inaceptable.

La desaparición del juicio de razonabilidad de la decisión extintiva también implica otros problemas.

- En efecto, en la Reforma no se exige a la empresa que acredite la conexión que hay entre esas pérdidas o reducción de ingresos y el número de puestos de trabajo que sean objeto de amortización, lo que igualmente plantea enormes cuestiones de inseguridad jurídica, al no fijarse en módulos entre el volumen de las pérdidas y los contratos afectados por la extinción. Se ha suprimido cualquier referencia a la conexión entre la causa y la necesidad de llevar a cabo las extinciones, lo que queda al arbitrio del empresario, y sin posibilitar, al menos en principio y según la voluntad del legislador expresada en la Exposición de Motivos, un control judicial sobre la justificación de la medida extintiva. Con ello se consigue automatizar que ante la reducción de ingresos o ventas, o las pérdidas actuales o previstas, el despido opera de modo inexorable y no es posible que el órgano judicial verifique si el mismo es una medida idónea, justificada, proporcionada o racional en relación con la situación de la empresa.

- Y no sólo eso, la supresión del juicio de razonabilidad de la decisión extintiva también implica la exoneración a la empleadora de la carga de aportar los elementos o criterios

en virtud de los cuales se procederá a la concreción de los concretos colectivos de trabajadores afectados por la decisión extintiva de carácter colectivo, y mucho menos, en lo que se refiere a la justificación de individualización de los concretos trabajadores afectados por el despido colectivo.

Se trata de un problema que afecta de lleno al ámbito de las garantías jurisdiccionales de los trabajadores, susceptible de generarles indefensión en los procesos judiciales donde se cuestione la decisión empresarial de incluirlo en el despido colectivo, ya que no se anticipa como fácil que el trabajador pueda discutir jurisdiccionalmente su afectación personal por el despido colectivo cuando la empresa no tiene necesidad de aportar ningún género de justificación sobre la razonabilidad de su decisión extintiva.

Por consiguiente, sería la misma regulación legal del art. 51 ET la que posicionaría a los trabajadores afectados por el despido colectivo en una situación de manifiesta indefensión en el proceso jurisdiccional que al efecto pudieran entablar, lo que determinaría la inconstitucionalidad de la nueva regulación legal del Art. 51 ET por lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial contemplada en el Art. 24 de la Constitución.

b) La supresión de la autorización administrativa para el despido colectivo

Como medida más importante de todas se alude expresamente a la eliminación de la autorización administrativa previa para el despido colectivo.

Por el contrario, en caso de la empresa en concurso, sí se mantiene la autorización judicial por el Juez del Concurso para autorizar tales medidas. También se mantiene la autorización administrativa en caso de fuerza mayor.

La Autoridad Laboral se limita a llevar a cabo una notificación a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, y a reclamar un informe de la Inspección de Trabajo, además de verificar la preservación del período de consultas, pero sin autorizar a la empresa dicha medida. Puede impugnar el acuerdo si considera que han mediado vicios del consentimiento, o si es una medida fraudulenta para la obtención de prestaciones por desempleo.

Dice el art. 51 ET, en su nueva redacción, que:

"2....

Transcurrido el período de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo".

...

“4. Comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario notificará los despidos individualmente a los trabajadores afectados en los términos establecidos en el artículo 53.1 de esta Ley. Lo anterior no obstante, deberán haber transcurrido como mínimo 30 días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”.

Contra la decisión empresarial cabe formular dos tipos de reclamaciones. Por parte de los representantes de los trabajadores, demanda que impugna la totalidad de la decisión empresarial, con efectos generales sobre el conjunto de los trabajadores y que tiene una tramitación preferente sobre las reclamaciones individuales. Y por otra parte, reclamación individual de despido por los trabajadores aceptados que tiene por objeto revisar la justificación de su extinción.

Los efectos que pueda tener la supresión de la autorización administrativa son en buena medida imprevisibles, pues altera los principios a través de los cuales se ordena la regulación de empleo, tanto de carácter extintivo como suspensivo o de reducción de jornada. Sin embargo cabe destacar ciertos aspectos que es previsible que produzca dicha medida.

En primer lugar viene a privar de un elemento que atribuye legitimación y presunción de la concurrencia de la causa, a la decisión extintiva o suspensiva. La intervención de la Administración no puede contemplarse como una mera interferencia en el poder del empresario, sino que cuando autoriza la medida presupone que han sido valorados los requisitos para que la misma pueda operar, legitimando con ello tal decisión, y en lo que ahora interesa, reduciendo drásticamente las posibilidades de controversia judicial sobre la medida que ha sido utilizada, como lo demuestra la escasa o casi nula litigiosidad que generan tales autorizaciones administrativas, aunque no vengán precedidas por acuerdo en el periodo de consultas, y que hasta la entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social era materia del Orden Contencioso Administrativo, y tras ese momento se atribuye al Orden Social.

Además hasta ahora el sistema basado en la autorización administrativa venía ofreciendo resultados que se plasmaban, en primer lugar, en un elevado número de expedientes que concluían con acuerdo entre las partes, lo que no puede ser ajeno a la posición de la propia Administración que estimula la consecución de tales acuerdos. Y respecto de los expedientes que no alcanzan acuerdo la autorización administrativa venía aplicándose, si bien no de forma generalizada e incondicionada, pero con la precisión de que una vez que se hubiera emitido, otorgaba, en la práctica, plena seguridad jurídica a la decisión empresarial.

Por tanto es previsible que, si no ha mediado acuerdo con los representantes en el periodo de consultas, dado que la decisión empresarial descansa únicamente en la apreciación unilateral del empresario de la concurrencia de la causa y del cumplimiento

de los requisitos procedimentales del despido, ante la comunicación que reciban los trabajadores de que su contrato ha sido objeto de suspensión, reducción de jornada y sobre todo extinción, se responda ante dicha decisión unilateral del empresario con la lógica demanda ante la Jurisdicción Social. En realidad su desarrollo práctico sería similar al que hasta ahora viene teniendo la dinámica de los despidos objetivos, en los que es la empresa la que decide, bajo su exclusiva responsabilidad, la concurrencia de los supuestos objetivos y procedimentales para tal cese, y la experiencia nos muestra el enorme porcentaje de casos en los que el trabajador insta demanda por despido, a fin de verificar el adecuado control sobre la decisión empresarial que afecta al mantenimiento de su empleo, y cuya revocación posibilita el acceso a una mayor indemnización, tanto a costa del empresario como, en caso de insolvencia, a cargo del Fondo de Garantía Salarial.

Lo mismo cabe suponer que se producirá en relación con las decisiones empresariales de reducción de jornada o suspensión de contrato que, si no media acuerdo con los representantes de los trabajadores, la decisión unilateral del empresario carecerá siempre y en todo caso del amparo de una decisión administrativa que le atribuya presunción de legitimidad, y no es descartable ni mucho menos que se generalicen las impugnaciones individuales en masa ante las decisiones empresariales de suspensión de contratos o reducción de jornada, lo que hasta ahora no venía planteando ningún grado de litigiosidad en la medida que se requería dicha autorización administrativa.

Cabe plantear por tanto un incremento sustancial de la litigiosidad, y en consecuencia de la inseguridad jurídica, en todas las decisiones empresariales de carácter colectivo, tanto suspensivas, de reducción de jornada o extintivas.

En este sentido, el artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, recoge, entre otros, los siguientes contenidos novedosos, que ponen en evidencia los principales aspectos de este tipo de litigios:

«Artículo 124. Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

1. La decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales o sindicales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes.

2. La demanda podrá fundarse en los siguientes motivos:

a) Que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita.

b) Que no se ha respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores.

c) Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

...

“4. Para presentar la demanda no será necesario agotar ninguna de las formas de evitación del proceso contempladas en el Título V del Libro I de la presente Ley.

5. La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión de despido colectivo adoptada por el empresario al finalizar el período de consultas del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

...

11. Cuando el objeto del proceso sea la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, se estará a lo previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley, con las siguientes especialidades:

a) Cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados. Igualmente deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando la medida cuente con la conformidad de aquéllos.

b) Si una vez iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial a tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 3 del artículo 160.”

c) La aplicación del despido colectivo y objetivo al Sector Público.

Otra medida incluida en la nueva Disposición adicional 20 del ET- según la redacción dada por la Disposición adicional 2ª del RDL- alude directamente a la aplicación de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas a los organismos y entidades que forman parte del sector público para justificar la extinción de los contratos de trabajo, tanto por la vía del despido colectivo como del despido objetivo.

Según la Disposición adicional segunda del RDL, Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público, se añade una disposición adicional vigésima al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido:

«El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.»

Sin embargo, el propio RDL 3/2012 define las causas económicas que justifican la extinción de los contratos de trabajo del personal del sector público, vinculándola a la existencia de insuficiencia presupuestaria. Es decir ni siquiera un ejercicio económico es preciso considerar, y la insuficiencia presupuestaria, como puede ser la falta de cumplimiento de las previsiones de ingresos durante nueve meses, justifica el despido del personal laboral fijo de las Administraciones Públicas, y en general, de todo el sector público.

Esta cuestión plantea la enorme incongruencia de que hace descansar la responsabilidad del sobredimensionamiento de la plantilla o del excesivo déficit público, únicamente sobre el personal laboral fijo de las Administraciones Públicas, pues son los únicos susceptibles de ser aceptados para adoptar medidas de carácter extintivo.

Dejando de lado la aplicación de dichas causas para suspensión de contratos o reducción temporal de jornada, en relación con la extinción de tales contratos se produce una dualidad en el régimen de los empleados públicos, a pesar de que tanto el personal laboral fijo como el funcionario han accedido al empleo público con arreglo a procedimientos sometidos a los mismos principios constitucionales, y la diferenciación entre el estatuto de uno y otro personal únicamente responde, o a la naturaleza de los oficios o cometidos especializados desempeñados por el personal laboral, o más frecuentemente aún, por la mera discrecionalidad administrativa a la hora de diseñar las bases de la convocatoria y la relación de los puestos de trabajo.

Con ello se convierte en decisivo para la estabilidad en el empleo de este personal su incorporación a procesos de funcionarización, que no simplemente tiene como efecto el sometimiento a unos principios de su relación de servicios diferenciados en ciertos matices, sino una alteración sustancial de la estabilidad en el empleo y la posibilidad de ser privado de su puesto de trabajo de carácter fijo.

La aplicación de la extinción se realiza en el marco de la normativa para corregir los desequilibrios financieros del sector público y su redimensionamiento, lo que puede aportar alguna matización. En este sentido, habrá que ver dicha regulación, sobre todo,

en el previsible sentido de que extienda dicha medida para el personal funcionario. Sobre esta base, cabe plantear que la dualidad de régimen la pretenda corregir el legislador mediante la extensión de los mecanismos extintivos a los funcionarios.

d) La exclusión limitada de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada al sector público, con excepciones.

Se añade una Disposición adicional vigésima primera al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo con el siguiente contenido:

«Lo previsto en el artículo 47 de esta Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.»

Con ello se excluye la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada, recogiendo los planteamientos del Servicio Público de Empleo Estatal, a fin de asumir los costes derivados del personal laboral de las administraciones públicas, salvo el caso de que se trate de entidades del sector público que se financian con precios públicos, o como dice el precepto, que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado, lo que comprende a los organismos y las entidades públicas empresariales y sociedades estatales que tienen ese tipo de financiación mayoritaria.

Medidas en relación con la extinción de los contratos de trabajo

a) La rebaja de la indemnización por despido improcedente.

La rebaja de la indemnización por despido improcedente se realiza por dos mecanismos: rebajando el importe de la indemnización calculada a razón de la antigüedad del trabajador, y mediante la supresión de los salarios de tramitación.

En relación con la primera vía se establece que, a partir de la entrada en vigor del RDL, el cómputo del periodo de prestación de servicios para calcular la indemnización por la extinción del contrato en caso de despido improcedente se cuantifique, en todos los casos, a razón de 33 días por año trabajado, con un máximo de 24 mensualidades.

Ello supone extender la indemnización para el caso del despido objetivo injustificado en el contrato de fomento de la contratación indefinida a todos los casos de despido injustificado y a todas las modalidades de contratación, incluidos los indefinidos ordinarios, por lo que se suprime lógicamente el contrato indefinido de fomento, al extender su indemnización de forma generalizada a todas las relaciones laborales que

concluyan por una extinción sin causa o con causa injustificada, o que no respeten los requisitos de forma.

Igualmente se aplica la rebaja de la indemnización a la finalización del contrato por incumplimiento grave del empresario.

En caso del periodo anterior a la entrada en vigor del RDL, el cómputo se seguirá haciendo con arreglo a la legislación precedente de 45 días por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades, pero sólo hasta la entrada en vigor, generando una situación compleja para los trabajadores fijos actuales. Si se les extingue su contrato, hay que hacer un doble cálculo: El período de antigüedad hasta el RDL 3/12 se calcula sobre la base de 45 días por año con el máximo de 42 mensualidades. Y el período nuevo, se calcula con un parámetro distinto, a razón de 33 días por año con un máximo de 24 meses. Pero el problema está en los máximos que se aplican a la totalidad de la indemnización, y que supone, en la práctica, que los actuales trabajadores que ya tienen 16 años de antigüedad en la empresa en la fecha de entrada en vigor del RDL, se les congela la indemnización por despido hacia el futuro.

Según la Disposición transitoria quinta del RDL, "2. *La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.*"

Esto supone, en concreto para los contratos anteriores al RDL, que el período anterior se calcula con arreglo a la legislación anterior, y el nuevo con la nueva, pero el tope máximo de la indemnización es, o el de 720 días que son 24 meses de salario, o la cuantía de la indemnización calculada en el período hasta el RDL. Por tanto, si ya tienen 16 años al día 12 de febrero de 2012, han alcanzado los 720 días de indemnización, y el nuevo período trabajador a partir de ahora ya no genera derechos en caso de despido improcedente, lo que hace que su indemnización quede congelada. Con la legislación anterior, el tope se alcanzaba con 28 años.

Es una medida que en cualquier caso rebaja el coste del despido injustificado, o el despido sin cumplir las exigencias de forma en caso de despido objetivo e implica la consiguiente minoración de la principal garantía relativa al mantenimiento de la estabilidad en el empleo. Se configura como una medida para flexibilizar la extinción de los contratos sin causa, o incluso cuando la extinción responda a un incumplimiento contractual grave del propio empleador.

b) Supresión de los salarios de tramitación.

Se establece nueva redacción del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, a fin de suprimir el abono de los salarios de tramitación en caso de despido improcedente, que son los que van desde la comunicación del despido hasta la fecha de la sentencia que declara la improcedencia. Sólo se contempla el abono de tales salarios si la empresa opta por la readmisión del trabajador, pero no si decide el abono de la indemnización y la extinción del contrato.

Se trata de la misma medida que ya contempló el Real Decreto ley 5/2002, (Decreto) que incluyó una rebaja sustancial del coste del despido mediante la misma vía de suprimir el abono de los salarios de tramitación, en los mismos términos que ahora se vuelven a regular en nuestra legislación.

Y se trata de la misma medida que ya fue objeto de rectificación por el mismo autor del RDL del año 2002, mediante la ley 45/2002 que restableció el derecho al abono de tales salarios de tramitación.

Y se trata de la misma medida que provocó en el curso del año 2002 la convocatoria de una huelga general. Igualmente se trata de la misma medida que fue declarada contraria a la Constitución por parte del Tribunal Constitucional, precisamente por entender que una regulación de este alcance no podía ser objeto de tratamiento a través de la figura excepcional del Real Decreto ley.

Basta con reiterar los argumentos que ya se expresaron en relación con el citado RDL del año 2002, para poder evaluar sus defectos. Implica una rebaja sustancial del coste del despido injustificado, que tiene particular relevancia proporcional en relación con los trabajadores de menor antigüedad, así como de los trabajadores sujetos a contrato temporal respecto de los cuales se declare que el mismo es fraudulento, pues para estos colectivos el importe de los salarios de tramitación expresa la mayor parte de la indemnización por despido improcedente.

Al suprimirse de forma generalizada el abono de los salarios de tramitación, se establece la supresión de la figura denominada como “despido expreso”, en tanto que el mismo sólo exonera del pago de salarios de tramitación si el empresario reconoce la existencia de un despido improcedente. Por el contrario, a partir del RDL la supresión de los salarios de tramitación opera en todos los casos, incluidos los que el empresario no reconoce la existencia de dicha improcedencia. Siempre puede probar en el juicio que el cese está justificado, y no corre el riesgo de que si se declara el despido injustificado tenga que abonar los salarios de trámite, lo que hasta ahora era imposible.

c) FOGASA.

Se establece que la prestación del FOGASA sólo cubre la extinción por despido procedente en las empresas de menos de 25 trabajadores, lo que cabe entender referido al despido procedente por causas objetivas, o en su caso colectivas, lo que descarta que los recursos públicos del FOGASA se apliquen a subvencionar despidos improcedentes, injustificados o sin causa como en alguna medida parecía haber admitido la legislación anterior.

Se introduce en la nueva regulación del FOGASA una previsión que puede tener serios efectos respecto a la potenciación del despido de los trabajadores indefinidos frente a los temporales, en tanto que se establece que sólo se abonará parte de la indemnización en los supuestos de contratos indefinidos, esto puede acarrear que haya una preferencia a realizar un despido objetivo o colectivo en primer lugar respecto a los trabajadores indefinidos.

d) Absentismo.

En materia de extinción de contrato por superación de los índices de absentismo se establece que para determinar la concurrencia de la causa de despido sólo compute el índice de absentismo individual, suprimiendo la alusión al índice de absentismo colectivo.

Con ello se facilita el despido de los trabajadores afectados de procesos de IT por contingencias comunes, que no deriven de la maternidad o violencia de género, cuando superen los umbrales correspondientes.

MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, PERSONAL Y FAMILIAR PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

El Real Decreto Ley 3/2012, reduce los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar previstos hasta ahora legalmente.

Se modifica el Art. 37 del ET, en tres aspectos importantes para la conciliación:

- **En el derecho a la hora de ausencia por lactancia, se impide la aplicación en toda su extensión de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,** en su sentencia de 30 de septiembre de 2010, que reconoce que el permiso de lactancia es un permiso individual de la madre y del padre. Con la reforma se impide el ejercicio por los dos, y se dispone que sólo se pueda ejercer por la madre o el padre, pero no por los dos.

- Se obliga a reducir la jornada de forma diaria. Se modifica para intentar obligar a que la reducción de jornada, de entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad, sólo se pueda disfrutar aplicándola de forma rígida, a la reducción de la jornada en cada día de trabajo, y ello independientemente de las necesidades concretas de conciliación que tenga cada trabajador y trabajadora.
- Y para cerrar más aún las posibilidades de conciliación, se modifica el derecho que regula la concreción horaria en reducción de jornada.

Se mantiene la previsión genérica en el sentido que le corresponde al trabajador la concreción horaria y la determinación del período de disfrute, pero ahora se añade que *“los convenios colectivos podrán establecer, no obstante, criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas”*, y esos mismos convenios colectivos también podrán establecer un plazo de preaviso, del trabajador a la empresa, superior a los 15 días que establece el propio artículo 37.

En otras palabras, se permite que los convenios colectivos regulen la concreción horaria en la reducción de jornada, también en función de las necesidades productivas y organizativas de las empresas.

No hay duda que los convenios colectivos pueden mejorar los derechos de conciliación y la concreción de su disfrute, pero la actual reforma es una incitación a que los convenios colectivos regulen la concreción del disfrute de estos derechos en función a los criterios empresariales y en contra de los derechos y de las necesidades de los trabajadores tanto más en sectores con fuerte implantación de los sindicatos amarillos, que incluso tienen suficiente mayoría para suscribir convenios limitando el derecho de los trabajadores a decidir cuando reducen su jornada en razón a sus necesidades familiares.

Finalmente, es necesario destacar que el RDL 3/2012, de 10 de febrero, **deroga una de las bonificaciones económicas que existían para incentivar el mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades**, en concreto las bonificaciones a las mujeres trabajadoras, que habiendo tenido suspendido el contrato de trabajo por maternidad o por excedencia para el cuidado de un hijo, se reincorporaban al trabajo en los dos años siguientes al inicio del permiso por maternidad.