

Equipo de investigación editor:

Centre d'Estudis Sociològics sobre la Vida Quotidiana i el Treball – QUIT

Institut d'Estudis del Treball

Universitat Autònoma de Barcelona

Campus UAB – Avda. de l'Eix Central, edifici B – 08193 Bellaterra

Tel. 93 5812405 | quit@uab.cat

Dirección de la edición: Fausto Miguélez

© de los artículos: Fausto Miguélez, Ramon Alós, Pilar Carrasquer, Andreu Lope, Óscar Molina, Alberto Pastor, Albert Recio, Joan Rodríguez-Soler, Joan Miquel Verd

Diseño y maquetación: Isabel Hernández

Noviembre 2015

<http://ddd.uab.cat/record/142865>

Diagnóstico socio-económico sobre las políticas de empleo en España, 2012-2014

Equipo de investigación:

Fausto Miguélez (dirección)

Ramon Alós, Pilar Carrasquer, Andreu Lope, Óscar Molina,
Alberto Pastor, Albert Recio, Joan Rodríguez-Soler,
Joan Miquel Verd, Alejandro Godino

Bellaterra (Cerdanyola del Vallès) | Barcelona

Dipòsit Digital de Documents

Universitat Autònoma de Barcelona



Edición digital: <http://ddd.uab.cat/record/142865>

Noviembre 2015



Este libro digital se publica bajo licencia *Creative Commons*, cualquier persona es libre de copiar, distribuir o comunicar públicamente la obra, de acuerdo con las siguientes condiciones:



Reconocimiento. Debe reconocer adecuadamente la autoría, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de una manera que sugiera que tiene el apoyo del licenciador o lo recibe por el uso que hace.



No Comercial. No puede utilizar el material para una finalidad comercial.



Sin obra derivada. Si remezcla, transforma o crea a partir del material, no puede difundir el material modificado.

No hay restricciones adicionales. No puede aplicar términos legales o medidas tecnológicas que legalmente restrinjan realizar aquello que la licencia permite.

Fausto Miguélez Lobo

fausto.miguelez@uab.cat

Ramon Alós-Moner

ramon.dealos@uab.cat

Pilar Carrasquer Oto

pilar.carrasquer@uab.cat

Andreu Lope Peña

andreu.lope@uab.cat

Óscar Molina Romo

oscar.molina@uab.cat

Alberto Pastor

albert.pastor@uab.cat

Albert Recio

albert.recio@uab.cat

Joan Rodríguez-Soler

Juan.Rodriguez.Soler@uab.cat

Joan Miquel Verd

joanmiquel.verd@uab.cat

Alejandro Godino Pons

alejandrogodino@uab.cat

DIAGNÓSTICO SOCIO-ECONÓMICO SOBRE
LAS POLÍTICAS DE EMPLEO EN ESPAÑA, 2012-2014

CAPÍTULO 3.

EL MARCO NORMATIVO DEL EMPLEO

Alberto Pastor

Bellaterra (Cerdanyola del Vallès) | Barcelona

Dipòsit Digital de Documents

Universitat Autònoma de Barcelona

UAB



Alberto Pastor

Grup de Recerca Drets dels Treballadors Espanyols i Estrangers (DRELATES)

Institut d'Estudis del Treball | <http://iet.uab.cat/>

Universitat Autònoma de Barcelona

albert.pastor@uab.cat

Cómo citar este capítulo:

PASTOR, Alberto (2015): “El marco normativo del empleo”. En *Diagnóstico socio-económico sobre las políticas de empleo en España, 2012-2014*. Bellaterra (Cerdanyola del Vallès): Dipòsit Digital de Documents, Universitat Autònoma de Barcelona.

<http://ddd.uab.cat/record/142887>

ÍNDICE DEL CAPÍTULO

1. Tres años de frenesí normativo en materia laboral y de seguridad social	1
2. La creación de empleo como objetivo y elemento justificativo de las reformas. la creación de empleo como nuevo canon de constitucionalidad	5
3. La reconfiguración de la intervención pública en el nuevo marco de relaciones laborales	8
4. La decidida apuesta por la contratación a tiempo parcial y la reiteración del fomento de la contratación temporal y las políticas de bonificación como medidas de fomento del empleo	13
5. El incremento de la flexibilidad de salida. La reforma del despido	19
6. La flexibilidad interna. Una concepción aún más unilateral de la flexibilidad. La reducción de las tutelas colectivas y el específico supuesto de la reducción de la jornada para el cuidado de familiares y menores	25
7. El impacto de la reforma de la negociación colectiva	29
7.1. La prioridad del convenio de empresa frente al convenio sectorial	31
7.2. Los acuerdos de inaplicación o descuelgue del convenio estatutario: flexibilidad a expensas de la autonomía colectiva	37
7.3. La reforma de la ultraactividad. Alteración de los status quo en los procesos negociadores	42
8. El anuncio de la reapertura del dialogo social. Un tímido avance en la interlocución social. El Acuerdo de propuestas para la negociación tripartita para fortalecer el crecimiento económico y el empleo	47
9. Las reformas en materia de Seguridad Social	50
10. Conclusiones	56

Bibliografía	58
Anexo I. Listado de normas con rango de ley dictadas en el periodo 2012-2014	60
Anexo II. listado de normas reglamentarias dictadas en el periodo 2012-2014	62

1. TRES AÑOS DE FRENESÍ NORMATIVO EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

El Real Decreto ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral supuso el inicio de una profunda transformación del marco normativo laboral español. Por su contenido y por la actividad normativa ulteriormente desarrollada cabe considerarlo el ariete que abrió el desarrollo de un importante proceso normativo de cambio que ha supuesto la aprobación de catorce normas con rango de ley en un periodo de tres años que modifican la que cabe considerar como norma básica reguladora de las relaciones laborales, el Estatuto de los Trabajadores, la aprobación de otras ocho que la desarrollan o complementan y otras tantas que regulan cuestiones autónomas tratadas por otros marcos normativos ya sea en el ámbito del empleo o de la Seguridad Social¹.

El proceso normativo de cambio ha incidido en todos los ámbitos objeto de las normas que regulan el trabajo por cuenta ajena. Estamos ante una reforma no puntual, por afectar a un aspecto o sector de las relaciones laborales, sino ante una reforma global. De esta forma, se reforman aspectos directamente vinculados a las condiciones de trabajo (por ejemplo, la jornada de trabajo, el ejercicio del poder de dirección empresarial como mecanismo de adaptación de las condiciones de trabajo), a la contratación (nueva modalidad de contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores o reforma de la contratación a tiempo parcial) o al despido (nueva regulación del despido colectivo, reducción de las cuantías indemnizatorias del despido improcedente o nueva regulación del despido por absentismo justificado). Pero las reformas se han proyectado más allá de la relación laboral individual para afectar también a aspectos vinculados con el derecho del trabajo colectivo (la reforma de la negociación colectiva es, sin dudar, el supuesto paradigmático) o a otros ámbitos como son la Seguridad Social o la intermediación en el mercado de trabajo. Unas reformas que incidieron aún más, si cabe, en el ámbito de la función pública por cuanto allí el Gobierno-Legislador-empleador tenía la capacidad de actuar directamente sobre las condiciones de trabajo (acordando reducciones salariales o de jornada, no renovando contratos temporales e incluso extinguiendo contratos laborales indefinidos o suspendiendo la aplicación de los convenios colectivos). Un número elevado de cambios normativos de afectación global que no sólo acontece en

¹ Véase Anexo 1. Se han tenido en consideración las aprobadas en el periodo 2012-2015.

un periodo de tiempo muy breve sino que además adolece de un cierto grado de imprevisibilidad cuando no, según reputada doctrina, de cierta falta de coherencia salvo en lo que a su línea ideológica se refiere caracterizada porque *“parece identificar la protección del trabajo y de los trabajadores con la obstaculización de la creación y el acceso al empleo, y que pretende facilitar esa creación y acceso reduciendo grados de protección o tutela del trabajo y ampliando los poderes empresariales”* (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, Valdés Dal-Ré Fernando y Casas Baamonde, María Emilia, 2014)

Merece destacarse que la introducción de tan importantes y profundos cambios se produce en la inmensa mayoría de supuestos a través de la figura del Real Decreto Ley, esto es, a través de una norma con rango de ley que el art. 86 de la Constitución española autoriza a dictar al Gobierno en los supuestos en «caso de extraordinaria y urgente necesidad» y que se trata de un procedimiento que, por la urgencia que justifica su utilización, debilita enormemente las posibilidades de una discusión entre los grupos parlamentarios en su aprobación y merma, por ello, una tramitación que garantice con plenitud la participación y pluralismo político. Tan es así, que el debate sobre la convalidación de la norma que inaugura el proceso de cambio y que introduce algunas de las medidas de mayor importancia, el RD-Ley 3/2012, se ventiló en una única sesión parlamentaria el 8 de marzo². Una opción de política legislativa que, no obstante, las fuertes críticas doctrinales que ha despertado³, ha sido convalidada por el Tribunal Constitucional en las importantes sentencias que han avalado la constitucionalidad de la reforma del 2012 (STC 8/2015, de 22 de enero de 2015 y STC 119/2014, de 16 de julio de 2014)⁴.

También en relación a la elaboración del marco normativo reformador merece destacarse que nos hallamos ante un conjunto normativo caracterizado por su unilateralidad. No ya desde un plano político, que también, puesto que las normas que se elaboran en este trienio se aprueban, en la mayoría de ocasiones, con el único respaldo del grupo parlamentario mayoritario sino que desde el punto de vista de la interlocución social, el programa normativo se desarrolla al margen de los agentes

² La limitación del debate parlamentario y de la garantía que ello supone para un estado democrático se atenúa por una posterior tramitación parlamentaria, ya sí como proyecto de ley, pero, en cualquier caso, “a toro pasado” y en relación a unas medidas que ya están produciendo efectos.

³ En este sentido, son claras las palabras de la profesora y ex presidenta del Tribunal Constitucional María Emilia Casas Baamonde cuando indica que *“que ha recurrido con demasiada frecuencia a la excepcional legislación de urgencia y terminado por dañar severamente la seguridad jurídica del disperso «marco regulador» del mercado de trabajo y de la protección social, con quebranto de su calidad técnica y democrática y del sentido de ordenación del conjunto del sistema que está en la base de nuestro modelo de desarrollo y de sociedad”*, “Derecho del Trabajo y Empleo”, Relaciones Laborales, núm. 4, Feb. 2012, Editorial LA LEY.

⁴ Véase una referencia más amplia a estas sentencias en el apartado siguiente.

sociales e incluso en contradicción con algunos de los contenidos que ya se había acordado por éstos⁵. Una situación que es puesta de manifiesto por el propio Consejo Económico y Social cuando en la Memoria de 2013 establece que *“de nuevo cabe hacer un balance de escasos resultados en un diálogo a tres bandas aún condicionado, además de por las políticas socioeconómicas aplicadas, por la utilización intensa del Real Decreto-ley para regular el mercado y las relaciones de trabajo”*⁶.

Una metodología de actuación que contraviene de manera frontal las recomendaciones de actuación que, aunque sin carácter vinculante, sí de forma reiterada, ha establecido la Unión Europea. Así, la Comisión en el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento para 2014, hace hincapié en la importancia del diálogo social y reivindica el reforzamiento del papel de los interlocutores sociales en el nuevo proceso de gobernanza económica al indicar que *“la Comisión sigue recomendando que los Programas Nacionales de Reformas (PNR) y los Programas de Estabilidad o Convergencia se debatan con los parlamentos nacionales y todas las partes pertinentes, sobre todo los interlocutores sociales y los agentes subnacionales”*⁷. De igual forma, si cabe de manera aún más contundente y refiriéndose a los países más afectados por la crisis, el Parlamento europeo, en su Resolución, de 13 de marzo de 2014, sobre los aspectos laborales y sociales del papel y las actividades de la Troika (BCE, Comisión y FMI) en relación con los países de la zona del euro sujetos a un programa (2014/2007(INI)), hizo *“hincapié en que los interlocutores sociales a escala nacional deberían haber sido consultados o haber participado en el diseño inicial de los programas (...) observa que el Comité de Expertos de la OIT ha solicitado que se reanude el diálogo social (...)”*⁸;

La omisión de cualquier forma de dialogo social en su desarrollo, si bien resulta cierto que no afecta a la validez de las normas aprobadas, por cuanto nuestro sistema constitucional no exige ni tan siquiera la mera consulta a los agentes sociales más representativos, constituye, en nuestra opinión, no obstante, un elemento que, además de restar legitimidad social a las reformas, podía haber contribuido a la propia mejora técnica de una normas que se han revelado, especialmente y de forma

⁵ II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, firmado el 30 de enero de 2012 y publicado en el BOE de 6 de febrero de 2012).

⁶ Memoria CES 2013 pág. 288.

⁷ Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento para 2014. Comunicación de la Comisión. Bruselas, 13.11.2013 COM(2013) 800 final, pág. 6.

⁸ Se seguía de esta forma la línea ya marcada por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada *“Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”*, de 27 de junio de 2007 COM(2007) 359 final.

preocupante las de más calado, el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, muy deficientes técnicamente.

En este sentido merece ser destacado que, de forma sucesiva, en el Informe sobre las relaciones industriales en Europa de 2012 y 2014, la Comisión refleja que los países con un dialogo social bien estructurado son los que mejores resultados han tenido en la respuesta a la crisis y se encuentran, en un veredicto que el Informe del 2014 califica de “inequívoco”, entre las economías con mejores resultados y más competitivas de la UE, además de disfrutar de un contexto social más favorable y resistente que el de la mayoría. Una opción favorable al dialogo social como elemento fundamental en los procesos de cambio normativo que también es puesta de manifiesto en el Delphi realizado para este estudio. Ante la pregunta sobre el papel que deberían jugar las organizaciones sindicales y empresariales cuando se quieren cambiar aspectos importantes de una norma, el 51% de los expertos opinan que deberían ser consultados previamente y un 41% considera que no se deberían cambiar aspectos substanciales sin un acuerdo social previo.

La unilateralidad no sólo se aprecia en el proceso de creación normativa que configura el nuevo marco jurídico sino en el rediseño de su sistema de gestión. El nuevo marco realiza un rediseño de la capacidad real de los agentes sociales en la “gobernanza” del nuevo marco de relaciones laborales y ello tanto en lo que se refiere a un plano macro, de gobierno global que es especialmente evidente en lo que a la negociación colectiva se refiere al limitar, la eficacia vinculante de los acuerdos interprofesionales como instrumentos de regulación de la estructura de la negociación colectiva y de los convenios sectoriales (preferencia aplicativa del convenio de empresa imperativa y nueva regulación del descuelgue de convenios), como desde un “plano micro” referido a la empresa.

En los siguientes apartados se realizará un examen de los principales cambios normativos producidos en el trienio 2012-2014. La amplitud de los cambios acaecidos obliga a que el estudio deba centrarse en los aspectos fundamentales y que el ámbito se limite al estudio de los cambios que han afectado al marco normativo más directamente vinculado con las condiciones de trabajo y empleo, así como a la Seguridad Social, por constituir el marco contextual y condicionante en el que se van a desarrollar las políticas de empleo analizadas en los restantes capítulos.

2. LA CREACIÓN DE EMPLEO COMO OBJETIVO Y ELEMENTO JUSTIFICATIVO DE LAS REFORMAS. LA CREACIÓN DE EMPLEO COMO NUEVO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD

Un elemento común en las normas dictadas en el trienio 2012-14 es su justificación en la situación de crisis y en la necesidad de introducir instrumentos que, en un primer momento, tuviesen como objetivo limitarla destrucción de empleo que derivaba de aquella situación de crisis y, en un segundo momento, la creación de empleo. En este sentido, es claramente ilustrativa la Exposición de motivos de la que cabe considerar la norma insignia de este periodo, la Ley 3/2012, por la que se convalida el RDL 3/2012 y se introducen las principales reformas en el marco normativo laboral español. Así, se parte de que «la crisis económica que atraviesa España desde 2008 ha puesto de relieve las debilidades del modelo laboral español. La gravedad de la crisis actual no tiene precedentes. España ha destruido más empleo, y más rápidamente, que las principales economías europeas», lo que conduce al legislador a estimar que «la crisis económica ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español» al que considera necesitado de una «reforma de envergadura que, pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado nuestra situación, por los mercados internacionales que contemplan la situación de nuestro mercado de trabajo con enorme desasosiego y, sobre todo, por los datos de nuestra realidad laboral, que esconden verdaderos dramas humanos».

La norma establece que su objetivo es la flexiseguridad y que por ello se introducen medidas equilibradas que pretenden fomentar la empleabilidad de los trabajadores, fomentar la contratación indefinida, incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo y «favorecer la eficiencia del mercado de trabajo como elemento vinculado a la reducción de la dualidad laboral», declarando que su objetivo final es «establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país». No obstante, tal y como se tratará de demostrar a lo largo de los siguientes apartados, entre el contenido de la norma y los argumentos empleados por el legislador en esa declaración de intenciones que es la Exposición de motivos de la ley existe una gran distancia. La reforma dista, a nuestro juicio, de ser equilibrada por cuanto el conjunto de medidas adoptadas en aquella norma y en las otras posteriormente dictadas responden a la lógica de favorecer a los intereses empresariales, facilitando una gestión más flexible del factor trabajo con el supuesto

objetivo de que ello contribuya a evitar ya no sólo la destrucción de empleo sino incluso su creación. La pretendida flexiseguridad constituye más un argumento retórico que una realidad. Bajo la excusa de una pretendida creación de empleo, la presencia de elementos de flexibilidad es constante mientras que los elementos que deberían contribuir a facilitar la seguridad no sólo se omiten sino que se debilitan (a la flexibilización del régimen de despido se le ha de añadir una reforma de sistema de Seguridad Social que lejos de incrementar los niveles de tutela ha supuesto una merma de la protección dispensada por el sistema)⁹.

Debe destacarse que algunos de los cambios de más relevancia han sido objeto de impugnaciones ante el Tribunal Constitucional. Así, cuestiones como el nuevo contrato, la preferencia aplicativa del convenio de empresa, el nuevo régimen de inaplicación de convenios o la de la estructura y concurrencia de convenios colectivo o la nueva regulación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y del despido colectivo fueron impugnados por considerarse contrarios a diversos preceptos de la Constitución y a la interpretación que de los mismos debía de realizarse conforme a los Convenios y Tratados internacionales suscritos por España. El Tribunal Constitucional en las diversas sentencias dictadas hasta la fecha ha avalado, aunque con importantes votos particulares en contra, las medidas adoptadas por el legislador¹⁰. Sin perjuicio de otras consideraciones que pueda merecer este importante cuerpo doctrinal, debe destacarse el importante papel que para la doctrina constitucional tiene la política de empleo, la finalidad de creación de empleo de la norma, en su propia justificación. Así, en la STC 119/20 el Tribunal Constitucional, en relación a la duración de un año del periodo de prueba del nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, destaca que el mandato que el art. 40.1 de la CE dirige a los poderes públicos para llevar a cabo «una política orientada al pleno empleo», objetivo que conformaría la dimensión colectiva del derecho al trabajo reconocido en el art. 35, puede legitimar limitaciones en la vertiente individual de derecho al trabajo. A ello conviene añadir que, a juicio del Tribunal, la vinculación de la vigencia de la medida a la elevada

⁹ En este mismo sentido, entre otros, Escudero Rodríguez, Ricardo (2013) afirma con rotundidad que “En efecto, la reforma española de 2012 afirma inscribirse en los parámetros de una equilibrada flexiseguridad, pero gravita, de modo abrumador, sobre el primer polo del concepto, en perjuicio del segundo. Y ello, porque aumenta extraordinariamente el poder empresarial en los distintos planos de las relaciones laborales, debilita los controles colectivos y olvida el robustecimiento de las políticas activas de empleo. No es, por tanto, la proclamada flexiseguridad el verdadero hilo conductor de la reforma sino el ropaje bajo el que se pretenden falsear sus verdaderas intenciones”.

¹⁰ Sentencias 8/2015, de 22 de enero de 2015, 119/2014, de 16 de julio de 2014.

situación de desempleo actúa como elemento que refuerza su constitucionalidad por tratarse de una medida “coyuntural”. Al respecto, se debe recordar que esta la suscripción de este tipo de contratos está limitada temporalmente hasta el momento en que «la tasa de desempleo en España se sitúe por debajo del 15 por ciento»¹¹.

La argumentación del Tribunal Constitucional configura una hipotética confrontación entre la función tutelar tradicional de la legislación laboral (Derecho del trabajo) y una hipotética función promocional del empleo (Derecho del empleo) que le sirve para justificar una eventual restricción al Derecho del trabajo. Debe destacarse que esa confrontación entre el Derecho del trabajo y las medidas que tratan de promocionarlo a través de su limitación, resulta especialmente grave por cuanto supone utilizar un mero expediente teórico –como es que la flexibilización de las condiciones de trabajo tiene como efecto la creación de empleo–, no sólo no contrastado sino objeto de fuertes impugnación¹², para legitimar constitucionalmente las medidas adoptadas.

La mera creación de empleo sirve pues como elemento de justificación de oportunidad política y jurídica de las decisiones legislativas adoptadas. Se relativiza, de esta forma, la tradicional función de tutela del trabajo, con el fin de corregir la desigualdad entre las posiciones contractuales del trabajador y el empresario en las relaciones de trabajo, que ha tenido el derecho del trabajo para ponerlo al servicio aparentemente de la creación de empleo y de manera evidente de los intereses empresariales. Se cuestiona de nuevo la eficiencia de un Derecho del trabajo en un contexto político-ideológico que subordina el Derecho del Trabajo y el empleo a la economía según una nueva relación en la que las normas laborales han de servir de instrumentos de ordenación económica (Casas Baamonde, María Emilia 2014).

Cabe añadir que las características del empleo que se pueda crear, presuponiendo que ello sea consecuencia de las medidas flexibilizadoras adoptadas, tiene poca o ninguna relevancia. La calidad del empleo pasa a un segundo plano que

¹¹ Señala el Tribunal Constitucional que “–desde un punto de vista lógico e, incluso, cronológico– antes del derecho a la estabilidad en el empleo figura el derecho de acceso al mismo; este se integra en el contenido esencial del derecho al trabajo que, en su dimensión individual, reconoce el art. 35.1 CE. Atendidos estos presupuestos y una vez realizada la debida ponderación de los derechos y bienes constitucionales en conflicto, este Tribunal ha de concluir que la previsión cuestionada, por la que se establece un período de prueba de un año, constituye una medida que, en la coyuntura económica en que se ubica y en tanto liga su perdurabilidad a los umbrales de desempleo en los términos ya indicados, resulta razonable; supera la regla de adecuada proporcionalidad entre el sacrificio que supone para la estabilidad en el trabajo del trabajador contratado y los beneficios que puede representar para el interés individual y colectivo del fomento y creación de empleo estable”.

¹² Véase al respecto el Capítulo 4.

se pone especialmente en evidencia con la reforma operada en el trabajo a tiempo parcial. Este contrato, inicialmente configurado como una modalidad contractual que había de servir para permitir una conciliación del trabajo con la vida personal y familiar del trabajador, se convierte con el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, en un instrumento de la gestión flexible del trabajo al servicio exclusivamente del interés empresarial.

El deterioro de la función tutelar del Derecho del trabajo y del empleo que se opera en este trienio no parece que se configure como una situación excepcional o coyuntural motivada por una pretendida “crisis”, si así fuera, esa progresiva desprotección, sería también coyuntural o perentoria pero no lo parece. El conjunto de medidas adoptadas carece de elementos que garanticen de manera efectiva su provisionalidad, así, salvo alguna referencia a una hipotética recuperación de tasas de desempleo inferiores al 15% como elemento que desactivaría alguna de las medidas adoptadas, las limitaciones que el legislador ha dispuesto para la negociación colectiva se erigen en diques que tratan de limitar que la autonomía colectiva pueda desarrollar una actuación de recuperación y mejora de los derechos perdidos. El legislador parece que haya querido dejar atada y bien atada una regulación que tiene una clara vocación de permanencia.

3. LA RECONFIGURACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO MARCO DE RELACIONES LABORALES

Las reformas laborales del trienio 2012-2014 han supuesto una reconfiguración de la intervención pública en el ámbito de las relaciones laborales. Aunque los ámbitos en los que se produce esa reconfiguración son diversos y también los son los efectos que se deparan, en todos los supuestos se produce una disminución de la intervención del poder público que se traduce en una ampliación del protagonismo de la iniciativa privada o del poder empresarial. El retroceso de la intervención del Estado no se hace a favor de fórmulas de gestión concertada o participada por los agentes sociales sino que se realiza a través de su encomienda a la gestión privada. En una tendencia ya iniciada en el año 1994, el legislador, a pesar del evidente interés público que existe en el ámbito de las relaciones laborales, propicia un repliegue de la intervención de la Administración pública en ámbitos como el de la intermediación y la colocación en el mercado de trabajo o el de la propia gestión de las relaciones laborales.

Así, por lo que a la intermediación y colocación se refiere, la nueva normativa aporta elementos que, siguiendo la lógica ya iniciada en 1994 con la legalización de las empresas de trabajo temporal y las agencias privadas de colocación, tratan de potenciar la intervención de los sujetos privados en un espacio tradicionalmente dominado por la lógica pública¹³. La argumentación se sitúa de nuevo en el favorecimiento de la empleabilidad de los trabajadores y tras reconocer que «los Servicios Públicos de Empleo se han mostrado insuficientes en la gestión de la colocación, con unas tasas de penetración muy escasas dentro del total de colocaciones», el legislador, renuncia a adoptar cualquier tipo de medida que propicie su eficiencia, para potenciar a las empresas de trabajo temporal reconociéndoles la posibilidad de actuar como agentes de colocación. Una ampliación de las funciones de este tipo de empresas en el ámbito de la intermediación que vuelve a reiterarse con en el RDL 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (convertida después en Ley 18/2014, de 15 de octubre) cuando, además de poder actuar como agencias de colocación, se les atribuye la posibilidad de desarrollar «actividades de formación para la cualificación profesional conforme a la normativa específica de aplicación, así como de asesoramiento y consultoría de recursos humanos» y facilita su actuación al dotar de validez en todo el territorio nacional y sin limitación temporal a la autorización administrativa para actuar como empresa de trabajo temporal.

Ciertamente, aunque la escasa eficiencia de los Servicios Públicos de Empleo había sido puesto de manifiesto por diversas instancias¹⁴, creemos que debe resaltarse que la apuesta por la potenciación de la iniciativa privada no es ni la única de las opciones posibles ni tal vez la más aconsejable, cuando en un ámbito tan sensible como es el del acceso al empleo, se hace sin la adopción de las necesarias

¹³ Ello también se pone de manifiesto por Rojo Torrecilla, Eduardo (2015), pág. 47. El mismo autor señala que en materia de intermediación el otro rasgo destacado de la política desarrollada a partir del 2012 es la recentralización de las políticas de empleo, *“o si se quiere decir de otra forma de un mayor control de todo aquello que hacen las comunidades autónomas”*.

¹⁴ Es el caso de la OIT que en el 2014 señala que *“a pesar de las diversas reformas llevadas a cabo, los servicios públicos de empleo siguen siendo el talón de Aquiles de las políticas del mercado de trabajo en España. El sistema no está preparado para prestar servicios adecuados a las personas que buscan trabajo”*. Estudios sobre el crecimiento con equidad. España, crecimiento con empleo, Organización Internacional del Trabajo, 2014, Servicio de Producción, Impresión y Distribución de Documentos y Publicaciones (PRODOC) de la OIT, pág. 9.

cauteladas que garanticen la atención de los colectivos de desempleados con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo¹⁵.

La potenciación de la iniciativa privada también se produce en el ámbito del diseño e implantación de las medidas sociales derivadas de los despidos colectivos (planes sociales)¹⁶. El ordenamiento jurídico español incorporó en el año 1994 la exigencia comunitaria de que en los despidos colectivos se adoptasen «medidas sociales de acompañamiento» que tratasen de evitar o reducir los efectos de estas decisiones empresariales. Esta exigencia se articuló a través de una doble vía. Así, en primer lugar y por mandato europeo (Directiva 98/59/CE del Consejo), a través de la obligación, art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, de que en todo despido colectivo se desarrollase un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores en relación, entre otras cuestiones, a «la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados» y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial. Adicionalmente y ello en relación únicamente a las empresas 50 o más trabajadores, se exigía que dichas medidas se articulasen en un plan, como «un conjunto ordenado de medidas, o al menos, una pluralidad de medidas». El RD 801/2011, de 10 de junio, trató de reforzar la efectividad de estas obligaciones¹⁷ estableciendo una regulación más precisa sobre su eventual contenido y una mayor

¹⁵ El mismo informe de la OIT destaca la necesidad de incrementar los recursos de los servicios públicos de empleo de forma muy especial para atender a las necesidades de los colectivos más vulnerables (desempleados de larga duración, jóvenes y trabajadores de la construcción). Asimismo, el 54% de las respuestas del Delphi se decantan por que España, frente a la actual situación –en los últimos puestos de la UE en recursos dedicados a políticas activas por parado/año–, dedique más recursos por parado para políticas activas que la media de la UE. Un 32% considera que lo importante no es aumentar los recursos sino su eficacia (pregunta 15).

¹⁶ Los planes sociales. El nuevo art. 56.10 establece que las empresas que lleven a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores, salvo que estén en concurso, deberán ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un período mínimo de seis meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. El coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores.

La norma establece que la autoridad laboral, a través del servicio público de empleo competente, verificará la acreditación del cumplimiento de esta obligación y, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento.

¹⁷ Ha de reseñarse que, hasta dicho momento, la doctrina había coincidido en señalar su escasa operatividad y la necesidad de operar una reforma del marco normativo. Como causas motivadoras que explicaban el escaso grado de cumplimiento se habían señalado la ausencia de un efectivo control administrativo; la escasa concreción normativa sobre el posible contenido de dichas medidas; la falta de tradición o la elevada cuantía de las indemnizaciones (Aragón, Jorge; Rocha, Fernando y De La Fuente, Luís 2010 y Serrano García, J.M. 2011).

capacidad de control por parte de la Administración. Sin embargo, la aprobación del Real Decreto-ley 3/2012 y de la posterior Ley 3/2012 ha supuesto, entre otras consecuencias, la supresión de la exigencia de aquel plan de acompañamiento social y su sustitución por una específica previsión conforme a la cual “la empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas”¹⁸. Ha de advertirse, que quedan excluidas de la obligación de elaborar el plan de recolocación externa, las empresas que como consecuencia de sus problemas de insolvencia hubiesen sido declaradas judicialmente en situación de concurso y que, en cualquier caso, y con independencia del número de trabajadores afectados por el despido o de la dimensión de la empresa, se establece la obligación de consultar con los representantes de los trabajadores las posibilidades de atenuar las consecuencias de los despidos mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad (art. 51.2 TRLET). Así, la propia normativa reconoce expresamente que el plan de recolocación presentado inicialmente por la empresa, se pueda concretar y ampliar en su contenido durante dicho periodo de consultas (Serrano García, 2002)¹⁹. Un periodo de consultas en el que las partes deberán negociar, “como mínimo”, dice la ley, sobre las posibilidades de evitar o reducir el número de despidos y de atenuar sus consecuencias mediante medidas sociales de acompañamiento y ello durante un máximo de treinta días naturales o quince en el caso de las empresas de menos de cincuenta trabajadores.

La realidad y efectividad del periodo de consultas trata de garantizarse a través del establecimiento de un deber de negociar en buena fe. La ley no se limita a

¹⁸ El nuevo art. 56.10 establece que «las empresas que lleven a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores, salvo que estén en concurso, deberán ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un período mínimo de seis meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. El coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores».

La norma establece que la autoridad laboral, a través del servicio público de empleo competente, verificará la acreditación del cumplimiento de esta obligación y, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento.

¹⁹ En este sentido indica que “a través de dicho plan se pretende facilitar la obtención de un acuerdo entre las partes, pues no se configura como un elemento definitivo o estático del periodo de consultas, sino modificable por las partes negociadoras que serán las que decidan el contenido final del plan” (pág. 188).

establecer un deber de negociar sino que exige que ello se desarrolle de buena fe, una exigencia que parece querer exigir un comportamiento en las partes que vaya más allá de la mera diligencia normal pero sin que la ley haya efectuado, ni tan siquiera en sus rasgos más esenciales, una tarea de concreción o especificación de un *standard* mínimo de comportamiento²⁰. La ausencia de tales parámetros normativos no es óbice para que la actuación de las partes pueda ser fiscalizable tanto por los Tribunales como por la Administración aunque, sin duda, puede dificultar dicha tarea. Así, los Tribunales pueden llegar a declarar nula la decisión extintiva cuando, entre otras razones, el empresario no haya realizado el período de consultas o, incluso, como han empezado a apreciar los Tribunales, aquél se hubiera realizado defectuosamente²¹. La capacidad de control de la Administración, como se verá a posteriori, se configura de forma mucho más débil en cuanto a su intensidad.

Es en el ámbito de los despidos colectivos donde sin duda se produce el cambio de mayor intensidad en lo que se refiere a la posición y función de la Administración Pública, tan es así que podría firmarse que la intervención de la Administración española en los procedimientos de despido colectivo ha sufrido una auténtica revolución con ocasión de la reforma laboral operada en el 2012. Así, si con anterioridad al RDL y a la Ley 3/2012 la Administración debía de autorizar los despidos colectivos, en la actualidad ha desaparecido esa autorización limitándose su papel a efectuar tareas de control, asistencia y mediación entre las partes, careciendo ya de capacidades autorizadoras o denegatorias en relación al proyecto de despido colectivo que pasa a ser dominado por la iniciativa empresarial, sin perjuicio, de los deberes de consulta con la representación legal de los trabajadores y su eventual fiscalización judicial.

El papel de la Administración se resitúa en un plano de carácter más formal e instrumental. Así, con la actual normativa la Administración limita sus funciones a recibir información (así deberá recibir copia del escrito dirigido por el empresario a la representantes de los trabajadores comunicándoles la apertura del período de consultas; un informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los aspectos reflejados en el escrito empresarial, señaladamente sobre las causas alegadas, y sobre el desarrollo del período de consultas; comunicación del empresario sobre el resultado del periodo de consultas y del eventual acuerdo y de la decisión extintiva) y a tratar de garantizar la efectividad del periodo de consultas.

²⁰ Siquiera fuera la exigencia de que las partes deban de desarrollar un comportamiento negociador basado en la existencia de propuestas y contrapropuestas razonadas y motivadas.

²¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 415/2012, de 30 mayo.

Cabe destacar, no obstante, que los instrumentos que le atribuye la ley son, a nuestro juicio, de escasa operatividad si no se cuenta con la voluntad de ambas partes. Así, la ley limita las facultades administrativas a la posibilidad de que pueda remitir advertencias y recomendaciones a las partes, pero sin que, en ningún caso, éstas supongan ni la paralización ni tan siquiera la suspensión del procedimiento, y a realizar funciones de mediación a petición conjunta de las partes. Asimismo se le reconocen funciones de asistencia, si bien, en este caso, a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa.

4. LA DECIDIDA APUESTA POR LA CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y LA REITERACIÓN DEL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y LAS POLÍTICAS DE BONIFICACIÓN COMO MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO

En materia de contratación, sin duda la novedad más destacada de la nueva regulación es la decidida apuesta por el fomento de la contratación a tiempo parcial. En el trienio 2012-2014 se dictan dos normas complementarias, que aunque en ambos casos persiguen la potenciación de este tipo de contratación responden en buena medida a lógicas contrapuestas. Así, de una parte, nos encontramos con un primer Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 3 de agosto de 2013) que, entre otras medidas, modifica las reglas en orden al cómputo de los periodos de carencia para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social en el caso de los trabajadores contratados a tiempo parcial, mientras que posteriormente se va a aprobar el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre (BOE de 21 de diciembre de 2013), que con el equívoco título de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, es sobre todo una norma de fomento de la contratación a tiempo parcial a través de la flexibilización de su régimen jurídico especialmente en lo que se refiere a la ordenación y gestión del tiempo de trabajo de estos trabajadores.

El RDL 11/2013 establece una nueva regulación en relación a la forma en que deben de computarse los periodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial respecto al periodo de carencia necesario para obtener prestaciones de la Seguridad Social. Frente a la anterior regulación que consideraba exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas y que fue anulada por la STC 61/2013, por considerarla contraria al principio de igualdad y al principio de no discriminación por razón de sexo, el RDL establece una nueva y compleja fórmula,

que desarrolla el acuerdo suscrito el viernes 26 de julio entre la ministra de Empleo y Seguridad Social, los sindicatos CCOO y UGT y las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME, y que trata de garantizar la equidad respecto a la situación de los trabajadores a tiempo completo.

Mayor trascendencia va a tener desde la perspectiva del fomento de la contratación el RDL 16/2013. Con la voluntad de incentivar la utilización de esta modalidad contractual, se introducen diversas medidas que tratan de potenciar su atractivo para las empresas desde el punto de vista de su adaptabilidad a las oscilaciones en la carga de trabajo. La norma se sitúa en la lógica de hacer «más atractivo» el contrato de trabajo a tiempo parcial, figura infrautilizada en comparación con otros países de nuestro entorno, «desde la perspectiva empresarial» mediante la incorporación de nuevos elementos de flexibilidad «en la gestión del tiempo de trabajo», para que «las empresas recurran en mayor medida al trabajo a tiempo parcial como mecanismo adecuado para una composición de las plantillas laborales adaptada a las circunstancias económicas y productivas, asegurando, en todo caso, un adecuado equilibrio entre flexibilidad y control» (Preámbulo de la norma). Sin embargo, como se verá por las medidas introducidas, la norma altera profundamente el significado y equilibrio de este contrato que pasa de ser, si alguna vez lo fue, un instrumento de conciliación de la vida privada y laboral, a ser un instrumento al servicio del interés de las empresas.

Así los cambios más trascendentales se producen en relación al régimen jurídico de las horas complementarias y las horas extraordinarias. Respecto a las horas extraordinarias vuelve a suprimirse la realización de horas extraordinarias. Recordemos que esta posibilidad la había introducido el Gobierno en el RDL 3/2012. Ahora, de nuevo, se suprimen pero quedan a salvo las necesarias para actuar en relación a los supuestos previstos en el art. 35.3 del Estatuto de los Trabajadores (fuerza mayor). Como contrapunto a lo anterior, se flexibiliza de forma muy importante el marco jurídico de las horas complementarias. Estas horas complementarias, de manera análoga, a las extraordinarias, son horas que se adicionan a las pactadas contractualmente pero que a diferencia de aquellas, y en ello radica su principal atractivo para las empresas, no tienen una penalización en su cotización a la Seguridad Social sino que cotizan como horas ordinarias y una vez pactadas son de obligatoria realización para el trabajador (a diferencia del carácter voluntario que como regla general tienen las extraordinarias). Con la nueva regulación las horas complementarias podrán pactarse en todo contrato a tiempo parcial con independencia de su carácter temporal o indefinido (hasta ahora sólo era

posible en los indefinidos); si bien se exige que, en todo caso, el contrato tenga una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual, se amplía el número máximo de horas complementarias a pactar a un 30% (hasta ahora era del 15%) de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato, aunque se posibilita que los convenios puedan establecer otro porcentaje máximo, que, en ningún caso, podrá ser inferior al citado 30 por 100 ni exceder del 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas. Las horas complementarias una vez que son acordadas, deben figurar por escrito en el contrato o en un pacto posterior, son de obligatoria realización por el trabajador una vez que son solicitadas por el empresario. El empresario tiene, con los límites antes señalados, plena libertad para ordenar, en función de sus necesidades, su realización o prescindir de ellas. En todo caso, el trabajador deberá conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias pactadas con un preaviso mínimo de tres días (preaviso más corto que el previsto de 5 días en el art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores para la flexibilidad horaria) y adicionalmente se prevé la posibilidad de que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior²². En la misma línea de potenciación de la contratación a tiempo parcial, el RDL 16/2013 permite que el contrato de apoyo a los emprendedores, el contrato estrella de la reforma del 2012 que debía facilitar la creación de empleo estable y que inicialmente se configuró como un contrato a tiempo completo, se pueda suscribir también a tiempo parcial.

Paralelamente, el legislador-ejecutivo, en línea con políticas ya seguidas en la década de los ochenta, retoma la figura del fomento de la contratación temporal como mecanismo de fomento del empleo, e insiste en la política de las bonificaciones como medida de estímulo de la contratación. Como respuesta a la elevada tasa de desempleo juvenil existente, muchas de esas medidas se focalizan en el colectivo de los desempleados menores de 30 años.

A pesar de que en el Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, con el objeto de efectuar una contención de aquellos gastos que la propia norma calificaba como «más superfluos o con efectos más débiles sobre los incentivos de los agentes

²² Junto a las horas complementarias pactadas se crea la figura de las horas complementarias voluntarias, que a diferencia de las anteriores serán de voluntaria realización por el trabajador. Este tipo de horas se reserva, con una lógica de potenciarlos, a los contratos indefinidos y con una jornada no inferior a diez horas semanales en cómputo anual. El número no podrá superar el 15 por 100 de las horas ordinarias objeto del contrato, ampliables al 30 por 100 por convenio. Su carácter voluntario y el hecho de que no se computen a efectos de los porcentajes de horas complementarias pactadas, hacen que se aproximen a las horas extraordinarias pero sin la cotización adicional que éstas tienen.

económicos» y entre las que situaba las «las bonificaciones a la contratación en las cotizaciones a la Seguridad Social», la política de empleo regresa de nuevo a las subvenciones públicas a la contratación a pesar de que los estudios realizados, ponen en duda la eficacia de estas medidas, también por la falta de instrumentos fiables para comprobar su efectividad y por las distorsiones y desigualdades que generan en el mercado de trabajo, con el efecto adverso añadido de empobrecer los fondos de la Seguridad Social (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, Valdés Dal-Ré Fernando y Casas Baamonde, María Emilia, 2014).

Muy expresiva de estas líneas de tendencia por constituir un modelo en el que concurren ambas líneas es la creación del contrato “primer empleo joven” por el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y la creación de ocupación, convertida posteriormente sin cambios relevantes en la Ley 11/2013, de 26 de julio, con el mismo título²³. El RDL 4/2013 actuó principalmente en dos frentes, el de fomento del «autoempleo» y el de estímulo a la contratación laboral por parte de las empresas, siempre con un papel protagonista de los jóvenes menores de 30 años (o menores de 35 años en el caso de mujeres y discapacitados), tanto en su potencial condición de "emprendedores" como en su condición de demandantes de empleo asalariado. Para una y otra hipótesis, el principal incentivo que concedía el RDL 4/2013 no era otro que la «bonificación» (a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal) o la «reducción» (a cargo de la Tesorería General de Seguridad Social) en las cuotas de seguridad social. Por lo demás, la política de fomento del empleo por cuenta ajena puesta en marcha por el RDL 4/2013 supuso la adaptación o "modulación" de algunas de las ya existentes (del contrato a tiempo parcial, del contrato temporal por razones de coyuntura y del contrato en prácticas, principalmente) para intensificar su atractivo desde el punto de vista empresarial y fomentar así el empleo dentro de ese sector de la población, de lo que es expresivo el contrato de “primer empleo joven” Nos encontramos ante una nueva modalidad de contrato temporal que permite que las empresas puedan contratar de forma temporal, de forma acausal, a menores de 30 años desocupados sin experiencia profesional previa o menor de 3 meses²⁴. Dos son los elementos que

²³ En la actualidad contenida en el art. 12 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, con el mismo título.

²⁴ El contrato puede tener una duración de 3 a 6 meses (ampliable hasta 12 meses por convenio sectorial estatal o, en su defecto, de ámbito inferior). Se puede realizar a tiempo completo o parcial pero siempre con una duración superior al 75% de la que corresponda a un trabajador a tiempo completo. Para evitar un efecto sustitución, se establece que la empresa no puede haber realizado decisiones extintivas en los 6 meses anteriores a la firma del contrato. Sólo se tendrán en consideración

se incorporan en el régimen jurídico del contrato con el objeto de incentivar su utilización y, por ende, el empleo de este colectivo de trabajadores: la posibilidad de suscribir un contrato temporal sin la necesidad de que concurra una causa de temporalidad real y la previsión de una bonificación para los supuestos en que este contrato se transforme en indefinido transcurridos tres meses²⁵.

Más positiva nos parece, en lo que se refiere al fomento de modelos de contratación estable, la línea de fomento de la contratación indefinida de jóvenes por microempresas y empresarios autónomos (art. 10 de la misma Ley 11/2013). Resta, sin embargo, por comprobar que el establecimiento de una reducción del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes durante el primer año, para los autónomos y empresas de hasta 9 trabajadores que contraten de forma indefinida a un desempleado menor de 30 años con el que no hayan tenido ningún vínculo laboral anterior y cuando no hayan celebrado otro contrato de esta modalidad, suponga un incentivo eficaz²⁶.

Otro ejemplo de bonificación, en este caso vinculado a la formación del trabajador, lo tenemos en los incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa para jóvenes menores de 30 años²⁷. De nuevo nos encontramos ante el establecimiento de una reducción a la cuota empresarial a la Seguridad Social (100% en empresas de menos de 250 trabajadores, 75% para las demás empresas) que en este caso se aplica a los supuestos de contratación a tiempo parcial de jóvenes desempleados menores de 30 años con determinadas

las extinciones producidas tras la entrada en vigor de la norma (24-02-2013) y para los puestos de trabajo del mismo grupo profesional y mismo centro o centros de trabajo.

²⁵ Se trata de una bonificación a las cuotas empresariales a la Seguridad Social de 500 euros/año durante 3 años si la jornada pactada es de un mínimo del 50% de la que corresponda a un trabajador a tiempo completo. La bonificación será de 700 euros/año en el caso de mujeres.

Debe destacarse que la Ley 11/2013 abre la posibilidad de que las empresas de trabajo temporal celebren contratos eventuales al amparo de esta regulación singular (art.12), esto es, contratos eventuales que tienen como motivo especial la falta de experiencia laboral del trabajador joven objeto de contratación, o la escasez de la misma, y que cuentan con bonificación en las cuotas empresariales de seguridad social en caso de transformación en indefinidos una vez transcurrido un periodo mínimo de tres meses desde su celebración (bonificación de la que, en tal supuesto, es beneficiaria la empresa usuaria).

²⁶ Véase al respecto el Capítulo 10.

²⁷ Prevista en el art. 9 también de la Ley 11/2013. Los jóvenes menores de 30 años deben cumplir alguno de los siguientes requisitos: no tener experiencia laboral o inferior a 3 meses, o que procedan de otro sector de actividad o lleven inscritos como desempleados al menos 12 meses en los 18 anteriores.

características²⁸. La reducción de la cuota empresarial tendrá una duración de 12 meses prorrogables por otros 12 si el trabajador continúa compatibilizando ocupación y formación o la hubiese cursado en los 6 meses previos a la finalización del periodo anterior. A diferencia del supuesto anterior, la bonificación se prevé tanto para contratos indefinidos como para los temporales, pero en cualquier caso a tiempo parcial con jornada superior al 50%. Aunque pudiera parecer que la exigencia del tiempo parcial trata de garantizar la compatibilización de formación y trabajo, ello no resulta del todo cierto por cuanto ésta puede haber sido realizada en los 6 meses previos. También resulta cuestionable el tipo de formación que se permite por cuanto no tiene que estar vinculada al lugar de trabajo y puede ser cualquier formación acreditable oficial o promovida por los Servicios Públicos de Empleo o ser formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación. La escasa entidad de la formación (basta con que tenga una duración mínima de 90 horas en cómputo anual) y el hecho que se desarrolle al margen del contrato determinan que nos hallemos básicamente, de nuevo, ante una mera reducción de la cuota a la Seguridad Social.

Pero el ejemplo más relevante de medida de bonificación de la contratación, por la trascendencia mediática que se le dio, ha sido la denominada tarifa plana en la cotización en la Seguridad Social. Esta medida, introducida por el Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida, supuso que, transitoriamente, los contratos indefinidos a tiempo completo o parcial (de jornada no inferior al 50%) suscritos hasta diciembre de 2014 (si bien la medida se prorrogó hasta marzo de 2015) se beneficiasen del pago de una cantidad fija de 100 euros por contingencias comunes con independencia de cual fuese el salario del trabajador. La bonificación, aplicable durante los 24 primeros meses de vigencia del contrato, podía suponer según cálculos del Gobierno un ahorro medio para el empleador de alrededor del 75 por 100 de la cotización por contingencias comunes. Un ahorro que era mayor cuanto mayor fuese el salario del trabajador²⁹.

²⁸ Sin experiencia laboral o inferior a 3 meses, o que procedan de otro sector de actividad o lleven inscritos como desempleados al menos 12 meses en los 18 anteriores.

²⁹ Ha de tenerse en consideración que la base mínima de cotización por contingencias comunes es de 756,60 € y la máxima de 3.606 € y que el tipo de cotización aplicable a la empresa es del 23'60%. Esta medida, aplicada a un sueldo bruto anual de veinte mil euros, implica que el empleador se ahorrará 3.520 euros anuales de cotización a la Seguridad Social por cada empleo nuevo creado. Según datos del Gobierno, entre febrero del 2014 (la fecha de aprobación de esta medida) y diciembre de 2014 se firmaron 177.731 contratos indefinidos que se beneficiaron de la tarifa plana, lo que supuso uno de cada cuatro contratos indefinidos (Diario El País de 26 de diciembre de 2014).

Aunque no sea propiamente contratación temporal, debemos hacer referencia al nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores regulado en el art. 4 de la Ley 3/2012. Ciertamente estamos ante un contrato indefinido, sin embargo, la previsión legal imperativa de un periodo de prueba de un año, «será de un año en todo caso» dice la norma, garantiza que el empresario pueda extinguir unilateral, acausalmente y sin indemnización alguna, ni tan siquiera los 12 días previstos para la contratación temporal, estos contratos. La limitación que para el derecho al trabajo, como derecho a no ser despedido sin justa causa en los términos del Convenio 158 de la OIT, la desproporción que guarda la imposición forzosa de un periodo de prueba de un año con independencia de cualquier circunstancia relativa a la naturaleza del trabajo o funciones a desarrollar y la correlativa desnaturalización que sufre ese periodo de prueba ha supuesto una importante controversia judicial aún no concluida del todo. Así, aunque inicialmente algunos pronunciamientos judiciales consideraron que dicha medida era contraria al Convenio 158 OIT ³⁰, la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014 ha considerado que estábamos ante una restricción del derecho constitucional al trabajo justificada y proporcional. No acaba, sin embargo con esta sentencia, en contra de lo que pudiera parecer, la polémica por cuanto habrá que ver la incidencia que puede tener el pronunciamiento que se efectúe por el Comité Europeo de Derechos Sociales en relación a esta cuestión. Este órgano está comprobando la adecuación del periodo de prueba a la Carta Social Europea y si resulta coherente con la jurisprudencia dictada en relación a idéntico supuesto planteado en relación a la normativa griega, deberá declarar que existe una violación del art. 4.4 de la Carta, exigiéndole a España que proceda a derogar o modificar la normativa señalada.

5. EL INCREMENTO DE LA FLEXIBILIDAD DE SALIDA. LA REFORMA DEL DESPIDO

Las reformas del periodo 2012-2013 también han introducido importantes novedades en el ámbito del despido, que se concentraron fundamentalmente en el RDL 3/2012 y en la Ley 3/2012. Bajo la rúbrica de «medidas para favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral», se aprueban medidas que tienen como principal efecto un abaratamiento y liberalización del despido improcedente (léase,

³⁰ Entre otras las SJS núm.2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013, la SJS núm.1 de Tarragona de 2 de abril de 2014, la SJS núm. 1 de Mataró de 29 de abril de 2014 o la SJS núm. 1 de Toledo de 27 de noviembre de 2014.

sin causa) y de los despidos colectivos. Así, en relación con las medidas que suponen un abaratamiento, en primer lugar, la reforma supone la generalización de la indemnización por despido improcedente de 33 días por año de servicio con un tope de 24 mensualidades (que ya se había previsto para el contrato de fomento de la contratación indefinida) y frente a los 45 días por año de servicio con un tope equivalente a 42 mensualidades que suponía la regla general previa³¹. De esta forma, el legislador trata de incentivar el contrato indefinido abaratando el coste del despido ilegal (improcedente), lo que no deja de contrastar, máxime en pretendidos procesos de convergencia europea, con la situación de países de ese entorno, sin ir más lejos en la referencial Alemania, en los que el despido improcedente de la actual legislación española se consideraría ilegal y llevaría asociada la obligación de readmitir al trabajador.

El segundo mecanismo por el que se abarata el coste del despido improcedente es a través de la supresión del abono de los salarios de tramitación, esto es, aquellos salarios que debía de abonar la empresa, en caso de que el despido fuera declarado improcedente, desde la fecha de efectos del despido hasta la de la sentencia o su readmisión. La reforma suprime ahora esta obligación salvo para aquellos supuestos en los que el empresario, tras la declaración de improcedencia, opte por la readmisión, o en aquellos otros supuestos en los que el despido sea nulo por haberse producido con vulneración de derechos fundamentales o haber afectado a trabajadores en situaciones de especial protección³².

³¹ Una medida que afecta a todos los trabajadores sin perjuicio de que los trabajadores con un contrato ya vigente la indemnización se calcule a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a la fecha de entrada en vigor de la nueva norma y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. Ha de notarse, no obstante, que los trabajadores con un contrato previo a la reforma ven topada su indemnización por cuanto conforme la Disp. Transitoria quinta 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 la reforma resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que, en ningún caso, dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades.

³² Básicamente trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad; trabajadoras embarazadas; trabajadores que hayan solicitado alguno de los permisos por cuidado de familiares, hijos o excedencia por cuidado de hijos y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral; trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por

La liberalización se consigue fundamentalmente a través de dos medidas vinculadas al despido legal o procedente. Así, en primer lugar, como ya hemos tenido ocasión de señalar, se suprime la necesidad de autorización administrativa en los despidos colectivos, salvo en los supuestos basados en fuerza mayor. De esta forma, transcurrido el periodo de consultas sin obtención de acuerdo con los representantes de los trabajadores, el empresario podrá proceder al despido de los trabajadores abonando la indemnización correspondiente (20 días por año de servicio con un tope de 12 mensualidades). Ello no sólo supone una merma de la capacidad de incidencia de la Administración sino una disminución de la capacidad de actuación colectiva en el despido por cuanto si antes el acuerdo con los representantes de los trabajadores dejaba prácticamente expedita la autorización administrativa, la desaparición de ésta supone que aquel acuerdo pase a ser un elemento de menor valor. La pérdida de tutelas colectivas en el procedimiento de despido colectivo no sólo se materializa en la relativización de la importancia del acuerdo (al haberse suprimido la exigencia de autorización administrativa para los casos de ausencia de acuerdo), sino en la supresión de la exigencia del plan de acompañamiento social que se exigía en los despidos colectivos de empresas de más de 50 trabajadores. La reforma exige un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas, sin necesidad de que este sea acordado o negociado.

La atenuación de las exigencias causales (económicas, técnicas, organizativas o de producción) requeridas para considerar procedente un despido es la segunda de las vías por las que se liberaliza el despido. Así, además de concretarse la causa económica estableciéndose que la disminución persistente de nivel de ingresos o ventas durante tres trimestres consecutivos determina su concurrencia, se suprime la exigencia de que la empresa tenga que justificar la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. La voluntad del legislador, expresada en la propia exposición de motivos de la Ley 3/2012, era limitar las posibilidades de control judicial. Se pretendía que el control judicial se limitase a verificar la existencia de la causa pero sin que se entrase a valorar la proporcionalidad o adecuación de la medida extintiva. Los Tribunales sin embargo, han considerado, que una adecuada tutela judicial y exigencias vinculadas al propio derecho constitucional al trabajo interpretado a la luz de los convenios internacionales (fundamentalmente el Convenio 158 OIT) exigían que el Tribunal

maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

podiese realizar “un juicio sobre la racionalidad de la misma, para determinar si son ajustadas a la situación existente o desproporcionadas por excesivas”³³.

En cierto contraste con la facilitación del despido –a través de su abaratamiento en términos de costes indemnizatorios y de eliminación de controles públicos, que no judiciales–, la normativa reguladora del despido ha tratado, desde el año 2011, de introducir ciertos límites a los despidos producidos en grandes empresas con beneficios cuando afectaban principalmente a trabajadores de 50 o más años de edad. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, introdujo *ex novo*, en su Disp. Adic. 16ª, el denominado régimen de aportaciones económicas al Tesoro Público. Este régimen de aportaciones económicas consiste fundamentalmente en la obligación para las empresas que acometan un despido colectivo y cumplan ciertos requisitos de abonar al Tesoro Público unas aportaciones económicas. Unos requisitos que han sido reformados hasta en tres ocasiones durante el 2013 con el objetivo de incrementar su ámbito de aplicación³⁴.

Inicialmente se trataba de una medida disuasoria (mediante la obligación de abonar cuantiosos importes al Tesoro Público) que pretendía evitar, de una parte, y desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, que un elevado número de personas de 50 o más años de edad se encuentren sin trabajo y, debido a la dificultad de encontrar un nuevo empleo, pasen a depender exclusivamente y de modo indefinido de prestaciones públicas (prestación por desempleo, primero; subsidio por desempleo, después, y jubilación anticipada y normal, en último término) al tiempo, que empresas y los propios trabajadores dejen de realizar aportaciones a la Seguridad Social.

Sin embargo, a ese objetivo inicial, se ha unido con posterioridad, de una forma progresivamente más contundente, lo que se ha denominado como un objetivo de «empleo». Mediante la dedicación de parte de lo recaudado a la recolocación de los trabajadores de 50 o más años, se espera paliar una situación negativa para las posibilidades de empleo de este colectivo. Una finalidad que ha ganado en contundencia por cuanto si inicialmente se preveía como una mera posibilidad (la Ley 27/2011 indicaba en la Disp. Adic. 16ª, apartado 3, que las “aportaciones a que se

³³ Así, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2014 (Rec. 100/2013) o de 15 de abril de 2014 (Rec. 136/2013).

³⁴ Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero; Ley 3/2012, de 6 de julio y Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo

refiere esta disposición podrán, en su caso, destinarse total o parcialmente a generar créditos para la financiación de políticas activas de empleo de los trabajadores de más edad, en los términos que se determine reglamentariamente”), en la redacción actual se ha convertido en una finalidad imperativa al establecerse que “al menos el 50% de las cantidades recaudadas en el ejercicio inmediatamente anterior se consignarán en el presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de los trabajadores de cincuenta o más años que se encontraran en situación legal de desempleo, para lo cual en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal deberán constar créditos destinados a financiar este tipo de acciones y medidas” (Disp adic. 16ª, apartado 12, según redacción del RDL 3/2013).

Tabla 3.1. Empresas afectadas por la Disposición adicional 16ª Ley 27/2011

Sede	Nº empresas		Total empresas*	Total trabajadores	Total pagado actualmente (€)
	<250 trabajadores	>250 trabajadores			
Madrid	2	15	17	44.067	206.769.661,00
Barcelona	2	2	4	3.253	803.215,37
Resto España	4	2	6	3.601	37.090,29
Total	8	19	27	50.921	207.609.966,79

Fuente: datos del SEPE a 27 de julio de 2015.

Ha de notarse que, aunque la regulación trate de proteger al colectivo de trabajadores de 50 o más años que se vean afectados de manera desproporcionada por despidos colectivos, a través de la disuasión vía elevación del coste, no estamos ante una auténtica protección antidiscriminatoria. La norma introduce una penalización económica pero no la protección que resultaría más acorde con una situación discriminatoria y más garantista para la protección del empleo de los trabajadores objeto del despido: la nulidad de la medida. Por otra parte, desde perspectiva antidiscriminatoria, tampoco parece racionalmente explicable que esta medida sólo afecte a las empresas de más de cien trabajadores o que afecte sólo a las empresas con beneficios o que el acto que “dispare” la obligación de aportación sea un despido colectivo, y no otras medidas extintivas con causas igualmente empresariales.

Adicionalmente cabe señalar en relación al despido que la reforma admite expresamente, en contraste y como correctivo a sentencias dictadas por algunos

tribunales, que la Administración pública pueda utilizar el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción³⁵, entendiéndose que concurrirá la causa económica cuando se produzca una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes.

Por último, queremos hacer referencia a dos cuestiones que, a nuestro juicio, también se hallan vinculadas a la flexibilidad de salida: el nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores y la limitación de la contratación temporal. En relación al primero, y sin perjuicio de lo señalado en el anterior apartado, debe insistirse en que si bien el contrato de apoyo a los emprendedores es un contrato indefinido, su característica más singular, su sometimiento a un periodo de prueba de un año, supone que el empresario disponga de la capacidad unilateral y acausal de extinguir el contrato sin tener que abonar indemnización alguna durante su primer año de vigencia. Un periodo de tiempo tan amplio que, a nuestro juicio y también al de algunos Tribunales, desnaturaliza la verdadera causa de este periodo de prueba para convertirlo en un supuesto de reconocimiento de despido libre y gratuito o, si se quiere, en un contrato formalmente indefinido pero materialmente temporal por disponer el empresario, durante su primer año de vigencia, de la capacidad de extinguirlo libremente por la simple apreciación de que el trabajador no haya superado el periodo de prueba. El Tribunal Constitucional, a pesar de reconocer que supone una limitación al derecho al trabajo, ha considerado que estamos ante una limitación que halla su justificación en la creación de empleo y que, por ello, no resulta inconstitucional³⁶.

Igualmente sorprendente, desde una valoración negativa, es la escasa atención que se presta a la temporalidad contractual. Aun cuando el preámbulo del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012 destacaban como un elemento negativo de nuestro mercado de trabajo su elevada temporalidad y fijaban como objetivo reducir su dualidad, la única medida que se adopta en relación a este tipo de contratos es adelantar la recuperación de la prohibición de concatenación de contratos temporales y ello sin ni tan siquiera mejorar la norma y hacerla inmediatamente efectiva. El ejecutivo no adopta ninguna medida que implique la reforma de un marco regulador que ha permitido, favorecido por una interpretación muy amplia del Tribunal Supremo, un uso desbocado e injustificado de la contratación temporal. Es más, la reforma de la

³⁵ No así a la figura de la suspensión de los contratos.

³⁶ Destacar, que el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, permitió que el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, pudiera realizarse también a tiempo parcial.

contratación a tiempo parcial realizada por el Real Decreto-ley 16/2013, con el significativo título de «medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores», permitió que el elemento flexibilizador más importante del régimen jurídico de estos contratos, las horas complementarias, se pudiese incorporar también a los contratos a tiempo parcial de carácter temporal y no sólo, como hasta entonces, a los contratos a tiempo parcial indefinidos.

Aunque el propósito declarado de la reforma de 2012 era ampliar los espacios asignados a la flexibilidad interna como mecanismo para evitar la externa y, además, como instrumento para reducir la denostada dualidad laboral, las estadísticas oficiales evidencian que ni se ha minorado el número de despidos por causas empresariales ni se ha logrado limitar la contratación temporal (en los dos primeros años de la reforma laboral, febrero 2012- enero 2014, el número de contratos temporales creció en un 31,2%). Las enormes facilidades dadas a los empresarios para extinguir los contratos de trabajo han parecido actuar, en muchos casos, como un acicate para su utilización sin la necesidad de explorar otras medidas muchas veces menos traumáticas para los trabajadores.

6. LA FLEXIBILIDAD INTERNA. UNA CONCEPCIÓN AÚN MÁS UNILATERAL DE LA FLEXIBILIDAD. LA REDUCCIÓN DE LAS TUTELAS COLECTIVAS Y EL ESPECÍFICO SUPUESTO DE LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA PARA EL CUIDADO DE FAMILIARES Y MENORES

El contrato de trabajo, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, ha sido tradicional el reconocimiento a una de las partes, el empresario, de la capacidad de introducir modificaciones en las condiciones de prestación de servicios. La lógica de este denominado *ius variandi* era permitir que el cambio en las condiciones de ejecución de la prestación de servicios no frustrase la finalidad del contrato y permitir, por ello, que el empresario pudiese introducir cambios de distinta intensidad y naturaleza (flexibilidad interna) que evitasen o disminuyesen el riesgo de una eventual extinción del contrato por causas empresariales. El margen de actuación de este *ius variandi* se ha visto incrementado incesantemente desde la reforma de 1994 que tuvo, precisamente, en la potenciación de la flexibilidad interna uno de sus grandes ejes³⁷.

³⁷ Así la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, establecía que «siempre con el objetivo de proteger el empleo existente y de fomentar la creación de empleo, se plantea esta nueva reforma del Estatuto de los Trabajadores, en la que se busca proporcionar adaptabilidad en el

Las reformas realizadas en el trienio 2012-2014 han seguido la misma línea de potenciación de esa flexibilidad interna y ello, en muchos casos, a costa de reducir ciertas tutelas colectivas y, siempre, de los derechos individuales del trabajador. Todas las reformas se orientan en la línea de potenciar los poderes de dirección del empresario aumentando su capacidad para introducir unilateralmente cambios en las condiciones de trabajo, nunca en la flexibilidad a favor del trabajador que, por el contrario, veremos cómo se limita. De esta forma, en primera instancia, la reforma supone una ampliación del denominado *ius variandi* ordinario, esto es, de la capacidad de que el empresario en el ejercicio regular de su poder de dirección pueda introducir cambios en las condiciones de trabajo unilateralmente, sin necesidad de justificación alguna y de modo permanente. Así, el RDLey 3/2012 (y en la posterior Ley 3/2012):

- Se eliminan las categorías profesionales, en favor de los grupos profesionales, como sistema de clasificación profesional. De esta forma, se prevé que en el plazo de un año la negociación colectiva deba de implementar un cambio que supone ampliar las posibilidades de que el empresario, unilateral y acausalmente, pueda cambiar las funciones de los trabajadores por cuanto la movilidad dentro del grupo no exige causa y las únicas limitaciones derivaran de las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y del necesario respeto a la dignidad del trabajador.
- Se reconoce al empresario, salvo pacto en contrario, la posibilidad de distribuir irregularmente a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo. Anteriormente, la distribución irregular se debía de pactar en convenio colectivo o a través de un acuerdo con los representantes de los trabajadores, con lo que con la nueva regulación pierde la autonomía colectiva una facultad que, en muchas ocasiones, se había empleado para negociar contrapartidas en materia de empleo.
- La ampliación de las facultades de gestión flexible del tiempo de trabajo por parte del empresario también se produce a través de las horas complementarias del contrato de trabajo a tiempo parcial. Al efecto, recordar que, como se vio en el apartado sexto, el Real Decreto-ley 16/2013 flexibiliza de forma muy importante el régimen jurídico de estas horas.

desarrollo de la relación laboral y ofrecer unas garantías para los derechos de los trabajadores que, precisamente por ser compatibles con esa idea de adaptabilidad pueden ser más eficaces en términos reales que las actualmente existentes».

La ampliación de las facultades unilaterales del empresario que se complementa con la reforma también de los preceptos en que se regula el *ius variandi extraordinario* empresarial, esto es, en la capacidad del empresario de introducir cambios sustanciales en las condiciones de trabajo (jornada, horario, distribución del tiempo de trabajo, funciones...) que se hubieran pactado en el contrato, en un acuerdo o pacto colectivo no estatutario o en una decisión unilateral de alcance colectivo. La regulación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores constituye uno de los ámbitos donde con mayor intensidad se dejan notar los efectos de la reforma. Una afectación que se produce ya no sólo en la línea de potenciar las capacidades de decisión unilateral del empresario sino que opera una clara reducción de las facultades de tutela colectiva de los trabajadores.

- Flexibilización causal. Se permite ahora que la dirección de la empresa pueda acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, considerándose como tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Ya no se exige que 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.
- Se introduce de manera expresa la posibilidad de modificar la cuantía salarial.
- La participación de los representantes de los trabajadores, en forma de periodo de consultas no vinculantes, se reduce a los supuestos en los que la modificación tenga un alcance colectivo por el número de trabajadores afectados³⁸ y no como ocurría antes, salvo para las funciones y horarios, cuando la modificación afectase a un instrumento o decisión de alcance colectivo. De esta forma, el empresario si no afecta a un determinado número de trabajadores podrá modificar lo acordado, por ejemplo, en un acuerdo de

³⁸ Conforme al art. 41.2 del Estatuto de los Trabajadores se considera de carácter colectivo la modificación que, en un período de noventa días, afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

empresa, sin necesidad, ni tan siquiera, de consultarlo con los representantes de los trabajadores.

- Se reducen los periodos de preaviso al trabajador.
- La ampliación de las prerrogativas empresariales sólo se “compensa” con una ampliación de los supuestos en los que se otorga derecho al trabajador a rescindir su contrato percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un tope máximo de 9 mensualidades (se amplía a los supuestos de modificación del sistema de remuneración, salario y funciones, con anterioridad esa posibilidad sólo se preveía para las modificaciones que afectaban a cuestiones vinculadas al tiempo de trabajo). La lógica de los cambios, supone a nuestro juicio, que se amplíe la posibilidad de que el empresario pueda decidir cambios en las condiciones de trabajo y que, ante ellos, la única posibilidad real, dada la flexibilización causal, de “tutela” del trabajador sea la de rescindir, en un contexto como el actual, su contrato de trabajo y con la indemnización menor (nótese que el coste es inferior al del despido objetivo por cuanto el tope en éste son 12 meses).
- Se amplían también las causas que permiten la movilidad geográfica del trabajador conforme al art. 40 del Estatuto de los Trabajadores. Ha de recordarse que es este un supuesto en el que el empresario ordena un cambio en el lugar de trabajo que supone que el trabajador deba de cambiar su domicilio. Se elimina la posibilidad de que la Autoridad laboral pueda, a la vista de las consecuencias económicas o sociales de la medida, ordenar la paralización de la efectividad de la medida hasta un plazo máximo de 6 meses.

En contraste, con el incremento de la flexibilidad que se reconoce al empresario, el legislador ha tratado de limitar el derecho de los trabajadores que reducen su jornada para el cuidado de familiares o hijos a distribuir su jornada reducida de la forma en que ello sea más compatible con aquella finalidad. La nueva redacción del art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores exige que la reducción se realice en la jornada diaria, lo cual, aunque con ciertas dudas aún no resueltas por completo por los Tribunales, puede interpretarse que restringe las facultades de acumulación de la reducción en determinados días laborables o franjas horarias- Al respecto ha de tenerse en consideración que esta reducción de jornada, que comporta una disminución proporcional del salario, se había utilizado por los trabajadores para

acomodar sus horarios a sus necesidades acumulando la reducción en los horarios o días laborables más antisociales (turnos de tarde o noche, fines de semana...).

7. EL IMPACTO DE LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El sistema de negociación colectiva español había permanecido relativamente estable en su configuración legislativa desde el año 1994. La situación cambia con la aprobación del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva y aún más con la aprobación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio. Aunque ambas reformas, la del 2011 y la del 2012, presentan aspectos y lógicas declaradas comunes, la reforma del 2012 introduce cambios que, por su magnitud, suponen la ruptura de los equilibrios existentes en algo fundamental como es la propia regulación social del sistema de relaciones laborales. Una situación que determina que ambas normas no puedan ser objeto de una evaluación común.

Ciertamente, ambas normas pretenden mejorar y potenciar la adaptabilidad del convenio colectivo a los cambios que se producen en el contexto económico y en la realidad productiva de las empresas. En este sentido, en el RDL 7/2011 se afirma que «el sistema de negociación colectiva ha ido acumulando en este tiempo algunas disfunciones que le restan eficiencia y, particularmente, capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo y del propio modelo de relaciones laborales» estableciendo como objetivos principales de la reforma que opera: en primer lugar, «favorecer una mejor ordenación de nuestra negociación colectiva, propiciando a la vez una negociación colectiva más cercana a la empresa y una negociación colectiva sectorial más adaptada a la situación de cada concreto sector de actividad económica»; en segundo lugar «introducir mayores niveles de dinamismo y agilidad en la negociación colectiva, tanto en los procesos de negociación de los convenios colectivos como en sus contenidos, de manera que se aumente su capacidad de adaptabilidad a los cambios en la situación económica y sociolaboral en unos términos que equilibren flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores» y, por último, «adaptar el sistema de negociación colectiva a las nuevas o renovadas realidades empresariales que actúan en nuestro mercado de trabajo, incluyendo nuevas reglas de legitimación para la negociación de los convenios colectivos y para favorecer la flexibilidad interna negociada con los representantes de los trabajadores».

Una lógica de adaptabilidad que vuelve a aflorar en el RDL 3/2012 al establecer que «las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa» o cuando el legislador afirma que el cambio en las reglas sobre estructura y concurrencia de convenios, garantizando la prioridad del convenio de empresa, se produce «en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores» o que con los cambios introducidos en relación a la ultraactividad tratan de «evitar una “petrificación” de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador».

Sin embargo, a pesar de la coincidencia en el objetivo último de favorecer una negociación colectiva más adaptable y más próxima a la empresa, las formas y métodos son distintos, radicalmente distintos si se tiene en consideración el papel que se le reserva, en una y otra norma, a la autonomía colectiva en la asimilación y gobierno de esos cambios³⁹. Como se verá a lo largo de los siguientes apartados, los cambios del 2012 traslucen una clara desconfianza en la negociación colectiva como método de gobierno de las relaciones laborales, una debilitación de la eficacia del convenio colectivo sectorial como instrumento eficiente en el diseño de marcos laborales de referencia y, en definitiva, una pérdida de protagonismo de los agentes sociales en la regulación de las condiciones de trabajo. La lógica de la adaptabilidad de la negociación colectiva se introduce de espaldas, cuando no a costa, de la propia negociación. Una situación que resulta especialmente evidente cuando se constata el debilitamiento que se produce de la negociación sectorial a favor de la desarrollada en la empresa y cuando se comprueba que ello se hace sin la introducción de mecanismos que traten de reforzar la presencia de auténticos órganos de representación independientes en las empresas, especialmente en aquellas de reducidas dimensiones. En una reforma tan amplia de la normativa laboral resulta llamativo que el legislador no haya modificado ninguna de las normas que regulan la representación de los trabajadores para garantizar que la centralidad que se le pretende otorgar a la negociación empresarial cuente con una interlocución de los

³⁹ El propio proceso de elaboración de una y otra norma difieren por cuanto si para la aprobación de la reforma del 2011 se desarrollo un previo proceso de dialogo social que si bien no fructifico, la reforma del 2012 se hizo de espaldas al dialogo social. Tan es así que la aprobación del Real Decretoley 3/2012 (10 de febrero de 2012) se realiza desconociendo, cuando no contradiciendo, el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva que pocos días antes (25 de enero de 2012) habían firmado los agentes sociales.

trabajadores que garantice la tutela de los intereses de éstos. La priorización del convenio de empresa, la voluntad de garantizar la eventual inaplicación del convenio sectorial a través de acuerdos de empresas o la intención del legislador de que la finalización de la vigencia del convenio determine su total pérdida de eficacia, evidencian que bajo el discurso de la mera adaptabilidad del convenio a los cambios de los ciclos económicos subyace el objetivo real de debilitar la negociación colectiva como instrumento de determinación de las condiciones de trabajo.

Un objetivo y unos efectos que ha sido objeto de crítica por el Parlamento europeo, en su Resolución, de 13 de marzo de 2014, sobre los aspectos laborales y sociales del papel y las actividades de la Troika (BCE, Comisión y FMI) en relación con los países de la zona del euro sujetos a un programa (2014/2007(INI)), cuando *«lamenta que, en algunos casos, los programas aplicados a los cuatro países permitan a las empresas excluirse de los acuerdos de negociación colectiva y revisar los acuerdos sectoriales sobre salarios, lo que afecta directamente a la estructura y a los valores de los acuerdos de negociación colectiva establecidos en las respectivas constituciones nacionales; observa que el Comité de Expertos de la OIT ha solicitado que se reanude el diálogo social; condena que se haya socavado el principio de la representación colectiva al suprimir la renovación automática de los acuerdos colectivos, fundamental en algunos países, lo que ha conllevado una disminución sustancial del número de convenios colectivos en vigor; condena la reducción de los salarios mínimos y la congelación de los salarios mínimos nominales; hace hincapié en que esta situación es la consecuencia de haber limitado las reformas estructurales a la desregulación de las relaciones laborales y a los recortes salariales, lo que es contrario a los objetivos generales de la UE y a las políticas de la Estrategia Europa 2020»*.

7.1. La prioridad del convenio de empresa frente al convenio sectorial

La estructura del sistema negocial español se ha caracterizado por la pluralidad de niveles negociales existentes. Condicionantes derivados del ordenamiento jurídico, el peso de inercias históricas y la praxis de los propios interlocutores sociales han propiciado un modelo de estructura negocial en el que se ha producido una convivencia de convenios de diverso nivel en función de su ámbito de negociación. Así, junto al convenio de empresa⁴⁰, la norma legal y la práctica conocen la existencia de convenios de ámbito sectorial de diverso tipo (básicamente provinciales, autonómicos y nacionales).

⁴⁰ Hay que añadir en esta categoría a los de centro de trabajo, al de grupo de empresas y al de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas.

Hasta la reforma, la determinación de la estructura negociadora, esto es, de las unidades de negociación y sus relaciones, correspondía a las partes negociadoras y, de manera singular, a los propios interlocutores sociales de máximo nivel. De esta forma, la normativa legal, se limitaba a garantizar la eficacia vinculante del convenio durante la vigencia acordada por las partes. El art. 84.1 del TRLET, establecía como regla base de articulación de las relaciones entre convenios de distinto nivel, la prioridad del convenio anteriormente negociado en el tiempo. Vigente un convenio, éste no podía ser afectado por lo dispuesto en otro, fuese cual fuese el tipo o unidad de convenio al que nos estuviésemos refiriendo. Esta regla, aunque aparentemente neutra por lo que se refiere a la determinación de la estructura negociadora, en la realidad había favorecido la creación de un entramado de convenios sectoriales que actuaba a modo de normativa mínima sectorial (Valdés Dal-Ré, F., 1995). La negociación de ámbito empresarial desarrollaba su función reguladora básicamente en tres escenarios:

- 1) en empresas pertenecientes a sectores sin negociación sectorial (caso por ejemplo, de las empresas del sector de las telecomunicaciones);
- 2) en empresas con convenio colectivo propio previo al sectorial y que, por considerarse unidades de negociación consolidadas, no estaban afectadas por la prohibición de concurrencia del art. 84.1 del TRLET⁴¹;
- 3) en el desarrollo de las funciones normativas que le asignaba el convenio sectorial de referencia y anterior en el tiempo. Una articulación de funciones que habitualmente consistía en la mejora o el desarrollo de la regulación contenida en el convenio sectorial (funciones de complementariedad y suplementariedad).

Cabe colegir, de esta forma, que en la estructura negociadora previa a la reforma, la articulación y estructuración de la negociación colectiva estaba fuertemente condicionada por la negociación supraempresarial, estando limitada la negociación colectiva empresarial a actuar en los ámbitos en los que no existía aquella negociación sectorial o bien, caso de existir y no ser la unidad de negociación empresarial previa en el tiempo, a desarrollar los cometidos que desde el nivel sectorial se atribuyese a la negociación empresarial. Un predominio sectorial que se veía reforzado por la segunda de las normas legales que articulaban las relaciones entre las distintas unidades de negociación: el reconocimiento a los agentes sociales

⁴¹ Ha de notarse que la preexistencia de la unidad de negociación empresarial determina que ésta quede amparada por la regulación del convenio de empresa, sin aplicación del convenio sectorial, pero ello no impide que éste se pueda negociar y que resulte aplicable al resto de empresas sin convenio propio.

más representativos de la capacidad de ordenar la estructura de la negociación colectiva y fijar las reglas por las que se hubieran de ordenar las relaciones de concurrencia. Esta era una regla fundamental en la ordenación de la estructura del sistema de negociación colectiva. En primer lugar, por cuanto, era la norma prevalente. La ordenación que se estableciese por los agentes sociales prevalecía sobre el conjunto de normas legales existentes que, de esta forma, eran subsidiarias a la ordenación establecida por los propios agentes sociales. Y en segundo lugar, por cuanto suponía que era la propia autonomía colectiva de los agentes sociales la que determinaba cual hubiera de ser la estructura de la negociación y las relaciones de concurrencia. A través de los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico o de convenios sectoriales, los agentes sociales más representativos podían, con plena soberanía, gobernar un aspecto clave en el sistema de relaciones laborales⁴².

La reforma del 2011 supone un importante cambio al introducir una regla que confiere prioridad aplicativa al convenio de empresa en la regulación de determinadas materias. Así, con el objeto declarado de favorecer una mayor proximidad de la norma reguladora con la realidad normada, la nueva redacción del art. 84.2 otorga prioridad aplicativa al convenio de empresa⁴³ respecto a lo establecido en los convenios sectoriales en relación a una serie de materias que se consideran *“como más cercanas a la realidad de las empresas, y en las que, en mayor medida, encuentra justificación una regulación particularizada, en aras de conseguir una mejor acomodación de las relaciones laborales al entorno económico y productivo en que se desenvuelven”*⁴⁴. Se viene a permitir, de esta forma, que la empresa, en una suerte de microcorporativismo, devenga un microcosmos ajeno e independiente de cualquier consideración y eventual actuación macro que pudiera desarrollarse, teniendo en consideración la dinámica económica del sector y del país, a nivel sectorial. Una situación que ha sido criticada por la OIT cuando ha advertido que ello puede suponer un riesgo de fragmentación de la negociación colectiva, de pérdida de

⁴² Únicamente escapaba de esa plena soberanía el reconocimiento a la negociación sectorial de ámbito superior a la empresa de la posibilidad de dejar de aplicar, con algunas limitaciones materiales fijadas en el art. 84.4 del TRLET, lo previsto en los convenios de ámbito superior. Esta era una regla que introducida en 1994 pretendía permitir la creación de marcos autonómicos de relaciones laborales.

⁴³ La prioridad se predica también de los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas regulados por primera vez en esta norma.

⁴⁴ Exposición de motivos del RDL 7/2011.

cobertura convencional y de incremento de la desigualdad salarial (Organización Internacional del Trabajo 2014, pág. 164).

Ha de advertirse, además, que el listado de materias en las que se reconoce la prioridad del convenio de empresa recoge materias nucleares en la ordenación del trabajo. Así, la prioridad se reconoce a los dos elementos definitorios de la contraprestación de servicios del trabajador, salario y tiempo de trabajo, y en forma amplia, por cuanto se refiere a “la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa”, al “abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos” y, en relación al tiempo de trabajo, al “horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones”. Una prioridad que también actúa en relación a las funciones a desarrollarse por cuanto se refiere también a “la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores”.

La prioridad del convenio de empresa se reconoce en materias con una clara vinculación con la organización del trabajo en la empresa y que por ello podrían justificar su regulación desde el ámbito empresarial (sería el caso, por ejemplo, de las vinculadas al horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, la planificación anual de las vacaciones o la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores y de ciertos aspectos de las modalidades de contratación). En otras, sin embargo, parece predominar la idea de la devaluación salarial más que de la propia adaptación. Así, nótese que se otorga prioridad a la negociación empresarial respecto la cuantía del salario base y de los complementos salariales y el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos, pareciera que la voluntad del legislador parece no ser tanto posibilitar que las empresas puedan adoptar, por ejemplo, sistemas de retribución vinculados a la productividad sino sobre todo permitir que el convenio de empresa establezca salarios en una cuantía inferior que la establecida en el convenio de sector. Siendo igualmente criticable, por su carácter injustificado, genérico e incondicionado, la inclusión de “*las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal*”.

En relación a los efectos que para la estructura negocial tiene la prioridad aplicativa del convenio empresarial debe reseñarse que esta prioridad supone que el convenio sectorial pueda dejar de desarrollar funciones macroeconómicas de fijación de mínimos y normas homogéneas en atención a los intereses económicos generales del sector. Las empresas que puedan negociar un convenio propio en las materias

enumeradas por el art. 84.2 del TRLET escapan de la disciplina sectorial y podrán establecer condiciones de trabajo distintas e inferiores a las que se pudieran contener en el convenio sectorial. Ha de notarse que nos hallamos ante una prioridad incondicionada, esto es, la prioridad se reconoce con independencia de cualquier juicio de valor acerca de la mayor o menor favorabilidad del convenio empresarial. Es más, la lógica de la nueva regulación parte de la idea de que en el convenio empresarial se estipularán condiciones de trabajo inferiores a las establecidas en el convenio sectorial por cuanto la mejora (la suplementariedad) ya era posible sin necesidad de que la ley hubiese reconocido dicha prioridad. Con la finalidad de evitar que los interlocutores sociales pudiesen limitar o condicionar la prioridad reconocida por la ley, por ejemplo, para garantizar la igualdad en las condiciones laborales mínimas del sector y garantizar así, entre otros factores, una mínima igualdad de condiciones competitivas entre empresas, la reforma del 2012 refuerza la prioridad del convenio de empresa prohibiendo expresamente a la negociación colectiva sectorial su disposición. De esta forma, el legislador del 2012, en contraposición al del 2011, con el objeto de salvaguardar a toda costa la priorización de la negociación empresarial, impide que los agentes sociales, en el ejercicio de su libertad sindical, puedan establecer reglas alternativas a aquella prioridad⁴⁵.

Una primacía de la ley en la ordenación de la negociación colectiva, con la marginación de la autonomía colectiva que genera la actual regulación legal, que ha sido avalada y declara constitucional por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero. En dichos pronunciamientos el máximo intérprete constitucional considera que le compete al legislador ordenar los resultados del proceso de negociación y determinar las reglas de concurrencia y articulación de convenios; pudiendo ampliar o restringir el margen de intervención de la autonomía colectiva en la fijación de dichas reglas, considerando legítimo que con la actual ordenación se haya impuesto la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales en relación con determinadas materias y

⁴⁵ La limitación que sufre la negociación sectorial en orden a su capacidad para restringir o condicionar la incidencia que puede tener la negociación empresarial contrasta con la posibilidad que se le reconoce al convenio de ámbito estatal para limitar los posibles descuelgues que desde el ámbito autonómico puedan realizarse. La reforma de 1994 con el objeto de posibilitar la creación de marcos autonómicos de relaciones laborales había posibilitado que desde la negociación desarrollada en estos ámbitos, en realidad en cualquier ámbito supraempresarial, se pudiesen establecer regulaciones alternativas a las previstas en la negociación sectorial estatal siempre y cuando no se afectase a determinadas materias calificadas como indisponibles por la propia norma legal (art. 84.4 TRLET). La reforma del 2012 permite que la negociación estatal limite estas posibilidades.

declarado indisponible dicha prioridad para los acuerdos interprofesionales, “con la finalidad igualmente legítima de facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores”⁴⁶.

La reforma legal que confiere prioridad al convenio de empresa frente al sectorial ha encontrado reflejo en la estructura negocial española en la que se evidencia un creciente número de nuevos convenios negociados en aquel ámbito.

Así, el aumento de convenios negociados en nuevas unidades de negociación, esto es en unidades que carecían de convenio propio específico anteriormente, se produce de manera principal en el ámbito de la empresa. Así, si en el 2012 el 95% de los 337 nuevos convenios fueron convenios empresariales, en 2013 lo fueron el 94,4% pero de 662 nuevos convenios, una cifra que implica casi duplicar en un año el número de convenios negociados en este ámbito. Tendencia que se mantiene y consolida en 2014 con 589 nuevas unidades de negociación de las que 559 son de empresa.

Tabla 3.2. Convenios firmados en nuevas unidades de negociación colectiva y trabajadores afectados⁴⁷

Año	CONVENIOS			TRABAJADORES		
	Total	Empresa	Ámbito superior a la empresa	Total	Empresa	Ámbito superior a la empresa
2012	337	322	15	72.420	46.383	26.037
2013	662	625	37	270.280	55.303	214.977
2014	589	559	30	134.447	47.952	86.495

Fuente: Estadística de convenios colectivos de trabajo. Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

⁴⁶ La sentencia del Tribunal Constitucional, a nuestro juicio, adolece de una fundamentación suficiente acerca de si la opción legislativa, cuya competencia no se discute, constituye una limitación justificada y proporcionada en el derecho a la libertad sindical. El derecho a la negociación colectiva, como ha declarado en reiteradas ocasiones, el Tribunal Constitucional forma parte del contenido esencial de la libertad sindical. Nos hallamos pues ante una limitación a este derecho que precisaría de una mayor justificación por parte del Tribunal sin que, a nuestro juicio, sirva declarar que la nueva regulación no supone necesariamente la postergación de la negociación colectiva de origen sindical porque “*nada impide que las secciones sindicales negocien convenios de empresa estatutarios en los términos del art. 87.1 LET*”.

⁴⁷ Los datos se refieren a los convenios registrados hasta junio de 2015. Es a partir de 2012 cuando las estadísticas del Ministerio recogen información específica sobre las nuevas unidades de negociación.

7.2. Los acuerdos de inaplicación o descuelgue del convenio estatutario: flexibilidad a expensas de la autonomía colectiva

El protagonismo que la reforma ha querido dar a la empresa como unidad de negociación alcanza en la modificación legal de los mecanismos de inaplicación del convenio colectivo su máximo nivel de expresión. Aunque los mecanismos de inaplicación del convenio colectivo en el ámbito de la empresa constituyen una realidad presente en nuestro ordenamiento desde el año 1994, las reformas realizadas desde el año 2010 suponen su consolidación como un instrumento de adaptación de las condiciones de trabajo a expensas de la propia fuerza vinculante del convenio e, incluso, de la propia autonomía colectiva⁴⁸.

En su origen estos acuerdos permitían a las empresas en las que concurriesen causas económicas, técnicas, organizativas o de producción inaplicar la regulación contenida en el convenio sectorial cuando, con esa inaplicación y las medidas alternativas, se contribuyese 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”*. En cualquier caso, la inaplicación sólo podía producirse respecto a una serie de materias determinadas⁴⁹ y exigía, en todo caso, el acuerdo con los representantes de los trabajadores. La reforma del 2010⁵⁰ con el objeto declarado de favorecer las medidas de adaptabilidad de las condiciones de trabajo como alternativa a las medidas de flexibilidad externa, introduce dos cambios que, a nuestro juicio, suponen, además de un debilitamiento de la eficacia vinculante del convenio, un primer embate a la autonomía colectiva de

⁴⁸ Que los acuerdos de inaplicación constituyen una excepción a la fuerza vinculante del convenio lo ha reconocido el propio TC, afirmándose en la STC 119/2014, de 16 de julio, que *“La posibilidad que contempla el art. 82.3 LET, en la redacción dada por el art. 14.1 de la Ley 3/2012, de inaplicación de las condiciones establecidas en un convenio colectivo, constituye una excepción a la fuerza vinculante del convenio”*. No obstante, ello no le impide afirmar, en esa misma sentencia, que nos hallamos ante una excepción que responde a una finalidad constitucionalmente legítima que la justifica por cuanto *“pretende posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas que concurran en una empresa después de la aprobación del convenio, ante el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y, con ello, el empleo, cuya protección constituye un deber de los poderes públicos (art. 40 CE)”*.

⁴⁹ De conformidad con el art. 41.2 del TRLET las materias en las que se podía producir la inaplicación eran el horario, el régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento. A las que había que añadir, conforme el art. 82.3, el régimen salarial en *“las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación”*.

⁵⁰ Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 17-6-2010). y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18-9-2010).

los agentes sociales y a la propia libertad sindical. Así, en primer lugar, en relación al descuelgue salarial, la ley desapodera a la negociación colectiva como instrumento de regulación. Si hasta entonces la ley encomendaba a la propia negociación sectorial la regulación del régimen de inaplicación, el legislador del 2010, renuente ante determinadas prácticas negociales restrictivas, será el que determine con carácter general su régimen jurídico especificando que ello será posible siempre que «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»⁵¹. En segundo lugar, y con el objeto de que estas medidas pudiesen ser acordadas también en las empresas en las que no existiese órgano de representación legal de los trabajadores, situación mayoritaria en el caso español si se tiene en consideración el tamaño de las empresas, se prevé que la empresa pueda negociar y llegar a un acuerdo con una comisión de hasta un máximo de tres trabajadores escogida *ad hoc* por los trabajadores⁵². Al respecto conviene advertir que la existencia de órgano de representación legal en la empresa depende de dos factores: 1) que el centro de trabajo (por ser esa la unidad que, como regla general, se toma como referente) tenga al menos 6 trabajadores⁵³.

La reforma laboral del 2012, con el objetivo expreso de “facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial”⁵⁴, vuelve a incidir de manera muy significativa en la regulación de los

⁵¹ Art. 82.3 TRLET. La vía elegida por el legislador, el desapoderamiento de la negociación sectorial y de las comisiones paritarias de los convenios sectoriales, a quien correspondía la decisión “inaplicadora” en los supuestos de desacuerdo a nivel de empresa, contrastaba con la voluntad expresada en el capítulo II del Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2012, según el cual los interlocutores sociales se comprometían a facilitar la inaplicación salarial en la negociación colectiva y a potenciar el papel de la comisión paritaria.

⁵² El art. 41.4 del TRLET prevé que esa comisión, si así lo deciden los propios trabajadores, pueda estar integrada por tres miembros 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. Posibilidad hartamente improbable por cuanto la ausencia de órgano de representación puede significar en muchos casos una escasa presencia sindical.

⁵³ Los centros de trabajo que tengan entre seis y trabajadores podrán tener un delegado de personal si así lo deciden estos por mayoría, no los de menos trabajadores. Además téngase en consideración que el cómputo de los trabajadores temporales con contrato de duración inferior a un año no computan uno a uno sino como el resultado del cociente de del total de días trabajados en el periodo del año inmediatamente anterior por 200 (art

⁵⁴ Exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 11-02-2012).

acuerdos de inaplicación y de nuevo con una lógica en la que predomina el interés empresarial a expensas de la eficacia vinculante del convenio.

Así, en primer lugar, se amplían las materias en las que es posible el descuelgue. A las ya previstas (horario, el régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento y el régimen salarial) se añade la jornada de trabajo y la distribución del tiempo de trabajo, funciones, mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social y, expresamente, se hace referencia a la cuantía salarial⁵⁵. Asimismo, y en relación a las causas, la reforma del 2012 efectúa una importante tarea de flexibilización. Así de conformidad con el nuevo redactado se establece que concurre causa económica «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 ordinarios o ventas». Precisándose, a modo de presunción legal, que «en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior». Mientras que en relación a las causas técnicas, organizativas y productivas se limita a establecer de forma muy amplia 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”*.

Aunque desde la perspectiva de la seguridad jurídica, la reforma pudiera ser valorada positivamente respecto a la mayor precisión con la que se configuran la denominada “causa económica”, lo cierto es que la misma pretendió abrir discrecionalmente las posibilidades de descuelgue a las empresas y limitar las facultades de control judicial. La amplitud con la que se configuran los supuestos de hecho –nótese que las pérdidas pueden ser previstas, que la disminución de ingresos o ventas ni se cuantifica ni se condiciona a que tenga incidencia negativa y que las causas técnicas, organizativas y productivas únicamente exigen la introducción de cambios que, en muchos casos, tienen su origen en la exclusiva voluntad

⁵⁵ Conforme a los datos de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, de las 2073 inaplicaciones depositadas en 2014, en un 91’89% de los casos (1905) se inaplicó la cuantía salarial (*“en el 65% de los casos se altera sólo la cuantía salarial, aunque en muchas ocasiones se modifican otras condiciones de trabajo o una combinación de ellas”* (Boletín del Observatorio de la negociación colectiva nº47, 2015).

empresarial—y el hecho de que, en ningún momento, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad, se exija que las medidas propuestas contribuyan “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” son expresivas de la voluntad del legislador de limitar las facultades de fiscalización judicial, restringiendo la posibilidad de que los Tribunales puedan enjuiciar la proporcionalidad y adecuación de las medidas⁵⁶.

El tercer cambio que en relación al descuelgue se introduce en la reforma del 2012, y seguramente el que mayor debate ha generado en relación a esta cuestión, ha sido el establecimiento de un procedimiento, que puede desembocar en un arbitraje obligatorio participado por la Administración Pública, para aquellos supuestos en los que no exista acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores sobre la oportunidad o extensión de la inaplicación. Hasta esta reforma, la decisión de la inaplicación del convenio sectorial o empresarial quedaba siempre a expensas de una decisión colectiva, ya fuese en el ámbito de la propia empresa, de la comisión paritaria del convenio o de un procedimiento extrajudicial iniciado a petición de ambas partes. La voluntad de facilitar, en palabras de la propia Exposición de motivos del RDL 3/2012, *“la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial”* supone que el legislador, ante la falta de acuerdo, posibilite que cualquiera de las dos partes, léase el empresario, pueda someter la decisión a un arbitraje canalizado por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos análogos de las Comunidades Autónomas. Se trata de órganos tripartitos, en los que, por ello, la posición de los representantes de la

⁵⁶ No obstante, los Tribunales han considerado que además de verificar la existencia de la causa alegada deben efectuar un control de la proporcionalidad de la medida atendiendo a la causa. Así la importante en la importante sentencia de 27 enero 2014, Recurso de Casación 100/2013, el Tribunal Supremo indica que *“la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender –equivocadamente, a nuestro juicio– la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las «razones» –y las modificaciones– guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».* Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora –lo mismo que antes de la reforma– a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE, determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar –si concurriese– la posible vulneración de derechos fundamentales”.

Administración adquiere un papel arbitral fundamental, que habrán de determinar si concurre o no la causa y, en caso afirmativo, determinar la extensión y alcance cuantitativo, cualitativo y temporal de la inaplicación.

Sin duda, la previsión de este arbitraje obligatorio por el cual, a instancia de la parte empresarial, puede operarse la inaplicación de un convenio sectorial incide directamente en la eficacia vinculante del convenio y en el derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales y patronales por cuanto la inaplicación va a operarse fundamentalmente en relación a los convenios sectoriales. Sin perjuicio de las críticas que esta opción legislativa pueda suponer desde la perspectiva del derecho a la libertad sindical y del propio derecho a la negociación colectiva⁵⁷, mayores peligros, desde la perspectiva de esos mismos derechos, representa, a nuestro juicio, que la inaplicación pueda canalizarse a través de una comisión de hasta tres trabajadores. En relación a la negociación por esa comisión *ad hoc* creemos que resulta imprescindible remarcar una serie de elementos para valorar su impacto real en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva y el derecho a la libertad sindical. Así, en primer lugar, debe tenerse en consideración que la atribución de legitimación para negociar a dicha comisión se atribuye en todos los supuestos en los que en la empresa “no exista representación legal”, esto es, delegados de personal o comités de empresa. El legislador incluye, de esta forma, tanto a aquellas hipótesis en las que no existe órgano de representación unitario por no reunir el centro de trabajo los mínimos legales⁵⁸ como aquellos otros supuestos en los que la falta de órgano obedece a la ausencia de promoción de elecciones por parte de los trabajadores⁵⁹. En

⁵⁷ En cualquier caso, ha de tenerse en consideración que las recientes sentencias del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero de 2015 lo han considerado constitucional.

⁵⁸ La promoción de elecciones a órganos de representación unitaria podrá realizarse en los centros de trabajo que cuenten con más de 6 trabajadores. Así, de conformidad con el art. 62.2 del TRLET de 11 a 30 trabajadores, se podrá escoger un delegado de personal; de 31 a 49 trabajadores, tres. Cuando el centro de trabajo tenga entre 6 y 10 trabajadores podrá escogerse también un delegado de personal, pero en este caso será preciso que así lo decidan los propios trabajadores del centro por acuerdo mayoritario. En los centros de trabajo con 50 o más trabajadores se constituye un comité de empresa con idénticas funciones y competencias que las que corresponden a los delegados de personal. Nótese que el ámbito de referencia es el centro de trabajo y no la empresa, sólo en el caso de centros ubicados en la misma provincia o municipios limítrofes que por si solos no alcancen los 50 trabajadores pero sí conjuntamente se permite la elección de un comité conjunto pero no de un delegado. Asimismo, ha de tenerse en consideración que el Tribunal Supremo mantiene, a nuestro juicio, un criterio sumamente restrictivo en orden a favorecer la agrupación de centros de trabajo a los efectos de alcanzar el mínimo de trabajadores necesario (véanse al respecto las SSTS de 28 de mayo de 2009 y 20 de febrero de 2008).

⁵⁹ Debe tenerse en consideración que de conformidad con el art. 67.1 del TRLET el derecho a promover elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa se atribuye a tres

ambos casos, pero especialmente el primero de ellos, se evidencia, a nuestro juicio, que el legislador en vez de favorecer la existencia de órganos de representación legal de los trabajadores opta por la creación de una comisión cuya representatividad e independencia puede plantear ciertas dudas si se tiene en cuenta que sus componentes carecen, en principio, de cualquiera de las garantías que la ley reconoce a los representantes de los trabajadores en orden a facilitar su cometido y proteger su condición de trabajadores⁶⁰. Por último señalar, que si bien resulta cierto que la ley atribuye a los a los trabajadores del centro de trabajo la posibilidad de optar por una comisión “sindicalizada”, integrada por componentes sindicales, esta será, a nuestro juicio, una opción absolutamente residual. La realidad de estas empresas o centros (reducidas dimensiones o centros en los que no ha existido promoción de proceso electoral) va a suponer que en la mayoría de supuestos, la inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio sectorial, negociado por ello por sindicatos y patronales, derive de un acuerdo negociado por unas comisiones de trabajadores de cuestionable representatividad en términos sindicales, con escasa capacidad para poder llevar a cabo una negociación libre de presiones y que, en muchos casos, puede constituir un mero ropaje formal de una decisión unilateral empresarial⁶¹.

7.3. La reforma de la ultraactividad. Alteración de los *status quo* en los procesos negociadores

La reforma de la ultraactividad constituye la tercera de las grandes modificaciones operadas en materia de negociación colectiva. Estamos ante una institución de origen legal, aplicable únicamente a los convenios de naturaleza estatutaria, que prevista en el Estatuto de los Trabajadores garantizaba, en su redacción originaria, que una vez finalizada la vigencia pactada por las partes, el contenido normativo del convenio se

sujetos diferenciados: las organizaciones sindicales más representativas; aquellas que cuenten con un mínimo de un diez por ciento de representantes en la empresa o, por último, a los propios trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario.

⁶⁰ Nos referimos a las garantías y medios que el art. 68 del TRLET atribuye a los miembros de los órganos de representación unitaria y que los arts. 1 y 2 del Convenio 135 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores (firmado y ratificado por España) establece que deberían atribuirse a todos los representantes de los trabajadores.

⁶¹ Ha de notarse al respecto que conforme los datos de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos “la gran mayoría de las inaplicaciones se realizan en empresas de servicios y se realiza en empresas pequeñas, con menos de 50 trabajadores” y que asimismo “prácticamente la totalidad de las inaplicaciones son descuelgues de convenios sectoriales (el 96%) y son aprobadas por acuerdo en el período de consultas (el 90,8%)” (Boletín del Observatorio de la negociación colectiva nº48, 2015).

continuase aplicando hasta la obtención de un nuevo convenio que substituyese al convenio ya vencido y ello sin limitación temporal. La ultraactividad permitía que las partes negociadoras pudiesen afrontar la renegociación del convenio colectivo sin temor al vacío normativo, al quedar asegurada la aplicación del convenio precedente, y constituía, al mismo tiempo, un mecanismo que garantizaba que la renegociación del convenio se desarrollase en un contexto de paz social⁶². No obstante, esta institución había sido objeto de importantes críticas desde sectores próximos a órbitas empresariales por considerar que su configuración originaria se erigía en un obstáculo para una renegociación más ágil y completa del convenio. Se consideraba, en expresión muy gráfica, que era necesario “poner el contador a cero” en los procesos renegociadores.

En el 2012, el legislador decide emprender la reforma de la figura de la ultraactividad. El cambio de mayor importancia es el establecimiento de una limitación temporal en la duración de esa ultraactividad, así en un primer momento, el Real Decreto-ley 3/2012 establece que transcurridos dos años desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación. Un plazo de dos años, que la Ley 3/2012 acorta para reducirlo a la actual duración de un año⁶³.

La voluntad del legislador es clara. Con la limitación temporal de la ultraactividad se pretende evitar que ésta pueda mantenerse de manera indefinida hasta la consecución de un nuevo acuerdo y que, por lo tanto, los negociadores — especialmente la parte laboral — partan en la renegociación con ese elemento de base. El legislador considera que la ultraactividad constituye un freno a la dinamicidad de la negociación y un obstáculo a la adaptación de los contenidos del convenio. Para evitarlo, salvo pacto en contrario de las partes, se establece una limitación temporal —un término— a su duración que actúa independientemente de cuál sea la dinámica

⁶² Si bien es cierto que la ultraactividad en su redacción originaria no actuaba en relación al contenido obligatorio del convenio y que, por lo tanto, las partes negociadoras ya podían adoptar medidas de conflicto colectivo, lo cierto es que la garantía que suponía la aplicación del convenio vencido propiciaba que la negociación se desarrollase en un contexto de paz social.

⁶³ La duración de un año no es valorada uniformemente por la doctrina si bien, en general, parece existir cierta inclinación por considerarla excesivamente breve. La práctica negociadora parece también, como se verá, considerarlo excesivamente breve. En cualquier caso, ha de tenerse en consideración que las partes negociadoras podrían ampliar esta duración en el propio convenio o, ya durante la fase de negociación, acordar su ampliación, de manera análoga, a la posibilidad que se les reconoce de adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con la vigencia que las partes determinen.

real en la que se esté desarrollando aquella negociación⁶⁴, y de cuál sea el nivel, empresarial o sectorial al que se refiera. Los negociadores sabrán que expirado el plazo de un año previsto legalmente o aquel que hubieran acordado, «perderá, salvo pacto en contrario, vigencia» y se aplicará si lo hubiese el convenio de ámbito superior aplicable. Lo que no dice el legislador, deliberadamente, es que haya de ocurrir cuando no existe ese convenio de ámbito superior, por ejemplo, porque el fin de la ultraactividad opera en relación a un convenio sectorial sin existir otro de ámbito superior. Sin perjuicio de las reflexiones que podamos hacer sobre esta cuestión, conviene detenernos en este punto y advertir como ha podido influir en los procesos de renegociación aquello que la norma dice y también aquello que no se dice.

En primer lugar, y en relación a aquello que sí se dice, debe destacarse que, en este punto, la actual regulación permite que se produzca una recentralización de la negociación colectiva. Así y en claro contraste con la lógica dominante descentralizadora que domina la reforma (incluso en algún caso, optando por soluciones impuestas extramuros de la autonomía colectiva, caso de la inaplicación por decisión de la Comisión nacional de convenios colectivos), la regulación de la ultraactividad favorece la absorción de unidades de negociación empresariales por la regulación sectorial⁶⁵. El transcurso de la duración máxima de ultraactividad permitirá que las empresas puedan aplicar o, cuando menos, presionar en el proceso negociador con el abandono de la unidad de negociación empresarial y la eventual aplicación de un convenio sectorial que, en circunstancias habituales, va a establecer condiciones de trabajo inferiores a las que se pudieran contener en el convenio empresarial⁶⁶.

En segundo lugar, la ausencia de una referencia específica a aquellas hipótesis en las que no existe un convenio sectorial aplicable, ha supuesto una situación de incertidumbre jurídica en la que las soluciones propuestas implican, en el mejor de

⁶⁴ Sin perjuicio de que las partes puedan acordar alguna cosa en relación al mantenimiento de la ultraactividad ya fuese por ejemplo, ampliando el plazo de manera global, o limitada para alguna materia.

⁶⁵ La aplicación del convenio de ámbito superior plantea importantes cuestiones no clarificadas en todos los aspectos. Así, por ejemplo, la determinación de cual es el convenio de ámbito superior cuando existan varios en el mismo sector (por ejemplo, convenio provincial o autonómico y estatal) o, entre otras, qué ocurre si la empresa está incluida en el ámbito de aplicación de varios convenios sectoriales.

⁶⁶ Ciertamente la aplicación del convenio sectorial podría plantear problemas de ajuste en su aplicación a la realidad empresarial pero téngase en consideración la posibilidad de reajuste que se le abre a las empresas a través del procedimiento de inaplicación previsto en el art. 82.3 del TRLET.

los casos, una muy importante debilitación de la eficacia vinculante del convenio o, en el peor de los casos, incluso, una pérdida completa de aquella. En este sentido, la ausencia en la norma de una clara indicación de cual haya de ser la regulación que deba de aplicarse una vez concluida la ultraactividad sin existir convenio de ámbito superior aplicable supone la aparición de diversas opciones doctrinales y judiciales solo parcialmente aclaradas por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014. En esta sentencia, esperada con gran expectación por los operadores jurídicos, el Tribunal aborda por primera vez la espinosa cuestión de la situación que se genera tras la conclusión del periodo de ultraactividad de un año previsto en la nueva redacción del art. 86.3 del TRLET. El Tribunal tras admitir que existen dos opciones interpretativas, una tesis que denomina “rupturista” y que implicaría la aplicación de la normativa legal y reglamentaria y otra tesis “conservacionista” conforme a la cual la regulación del convenio se mantendría por haberse contractualizado, se inclina por esta última y afirma que *“es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia”*. El argumento fundamental empleado para ello es la consideración de que esas condiciones *“estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente”*.

La interpretación realizada por el Tribunal Supremo supone, desde luego, una interpretación restrictiva de los posibles efectos que puede tener la finalización de la ultraactividad, pero no implica negar cualquier efectividad a la reforma por cuanto admite expresamente dos cuestiones de singular importancia. Así, en primer lugar, la admisión de que las condiciones reguladas por el convenio, una vez que finaliza su vigencia, podrán ser modificadas por la vía del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores y, en segundo lugar, que el mantenimiento de las condiciones reguladas en el convenio vencido, como condiciones contractualizadas, no beneficia a los trabajadores de nuevo ingreso. Una consecuencia que, como advierte el Tribunal, *“podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial, de discriminación”*. La sentencia, como se advierte en su propio texto, no sólo no resuelve todos los interrogantes que plantea la nueva regulación del art.86.3 del TRLET sino que plantea nuevas cuestiones a las que los Tribunales habrán de ir

dando respuesta⁶⁷. En cualquier caso la incertidumbre generada ha constituido un factor de presión en las negociaciones que se estaban y están desarrollando. Así, aunque la sentencia del Tribunal Supremo de diciembre de 2014 supone negar que la extinción de la ultraactividad conlleve la total liquidación de los efectos del convenio, la “debilidad jurídica” con que se produce el mantenimiento de esa eficacia (posibilidad de que el empresario pueda modificar unilateralmente las condiciones del convenio una vez finalizada la ultraactividad y limitada a los trabajadores que estuviesen en activo durante la vigencia del convenio) ha podido motivar la aceptación de negociaciones a la baja.

Factores como evitar la situación de incertidumbre que genera la nueva regulación o la voluntad de evitar situaciones de conflictividad explican que un 45% de los convenios negociados durante el 2014 hayan, siguiendo el modelo pre-reforma, establecido que la ultraactividad se mantendrá hasta la obtención de un nuevo acuerdo sin limitación temporal. Un porcentaje al que hay que añadir otro 11’9% que ha establecido una duración de la ultraactividad superior al periodo de un año establecido por la ley.

8. EL ANUNCIO DE LA REAPERTURA DEL DIALOGO SOCIAL. UN TÍMIDO AVANCE EN LA INTERLOCUCIÓN SOCIAL. EL ACUERDO DE PROPUESTAS PARA LA NEGOCIACIÓN TRIPARTITA PARA FORTALECER EL CRECIMIENTO ECONÓMICO Y EL EMPLEO

Como tuvimos ocasión de indicar en el primero de los apartados de este capítulo, la normativa dictada en el periodo 2012-2014 se caracteriza por su unilateralidad. Las normas adoptadas en la mayor parte de casos se aprueban a través de Reales decretos en los que se soslaya un debate parlamentario completo y en la mayoría de casos sin haber intentado, bajo la excusa de esa pretendida urgencia derivada de la «extraordinaria y urgente necesidad» que justifica la utilización de esta fórmula normativa, el dialogo social con los interlocutores sociales. La confianza necesaria para un dialogo social fructífero seguramente se vio puesta en cuestión, especialmente en relación a los agentes sindicales, cuando la principal de las normas

⁶⁷ A la ya aludida posible situación discriminatoria que puede derivarse de una contractualización que sólo beneficia a los trabajadores que estuviesen en activo durante la vigencia del convenio, puede añadirse el alcance material de la contractualización. En relación a esta última cuestión, la sentencia se refiere expresamente a “cualesquiera derechos y obligaciones” pero debe tenerse en consideración que el objeto del proceso se limitaba al salario y que los votos particulares concurrentes se limitan expresamente también a esta cuestión.

de reforma del mercado laboral se aprueba no sólo de espaldas a cualquier intento de dialogo social sino en contra de lo que los agentes sociales más representativos habían acordado sólo unas semanas antes. Así, el RDL 3/2012, de 10 de febrero de 2012, se aprueba desconociendo, cuando no contradiciendo, el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva que pocos días antes (25 de enero de 2012) habían firmado los agentes sociales. Se llegaba de esta forma al punto culminante de un proceso de degradación que se había iniciado con el comienzo de la crisis de la deuda soberana en 2010 (Molina y Miguélez 2013).

Tras un periodo de ruptura, con anecdóticos episodios puntuales, el dialogo social se vuelve a reabrir con el «Acuerdo de propuestas para la negociación tripartita para fortalecer el crecimiento económico y el empleo» (29 de julio de 2014, firmado por el Gobierno y los agentes sociales más representativos, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT). Resulta sin duda saludable y positivo que se retome esta cauce de elaboración de políticas laborales, cumpliendo de esta forma la indicación que en la Resolución del Parlamento europeo, de 13 de marzo de 2014, sobre los aspectos laborales y sociales del papel y las actividades de la Troika (BCE, Comisión y FMI) en relación con los países de la zona del euro sujetos a un programa (2014/2007(INI)) se hacía en relación a la observación que el Comité de Expertos de la OIT había solicitado para la reanudación del diálogo social. Una advertencia sobre el *“papel decisivo que desempeñan el diálogo social y la negociación colectiva en el proceso de elaborar un nuevo modelo de crecimiento económico sostenible para España”* que expresamente se recoge en el *“Informe de la OIT sobre España. Crecimiento con empleo”*⁶⁸ y en el que sin duda la advertencia efectuada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT tuvo mucho que ver.

Así, el Comité de Libertad Sindical, en marzo de 2014, ante la denuncia de los sindicatos más representativos españoles por la ausencia de cualquier forma de consulta ante la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012 (posteriormente Ley 3/2012) y el Real Decreto-ley 20/2012 (posteriormente Ley 20/2012), consideró que si bien la situación económica podía justificar la aprobación de dichas normas hizo hincapié en que era necesario consultar con suficiente antelación a las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas sobre los proyectos de ley y de Real Decreto-ley antes de aprobarlos. Además, subrayó la importancia de que las reglas esenciales del sistema de relaciones laborales y de negociación colectiva fueran

⁶⁸ Pág. 151

compartidas en la mayor medida posible por las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas⁶⁹.

El «Acuerdo de propuestas para la negociación tripartita para fortalecer el crecimiento económico y el empleo» consiste esencialmente en un acuerdo en el que Gobierno e interlocutores sociales se comprometen a desarrollar la negociación de un amplio e importante abanico de temas. Así, entre otros, pueden destacarse, en materia de empleo, el compromiso para desarrollar actuaciones específicas en relación a los desempleados de larga duración, jóvenes, formación profesional dual, mejora de la intermediación y lucha contra la dualidad del mercado de trabajo. De esta forma, y entre otras medidas, se propone una intensificación de la lucha contra el fraude en la contratación temporal y el empleo sumergido, la elaboración de un Plan especial para la igualdad de mujeres y hombres en el ámbito laboral y contra la discriminación salarial o la aprobación, en la mayor brevedad posible, de la Estrategia Española de Seguridad y salud en el trabajo. Respecto a la formación, se propone la renovación del Acuerdo tripartito de Formación. A la luz de las debilidades puestas en evidencia por las conclusiones de la Mesa de Diálogo Social del IV Acuerdo tripartito, se propone corregir, entre otros aspectos, la deficiente coordinación, la falta de planificación estratégica; la escasa vinculación con la realidad del tejido productivo, especialmente para las PYMES. En materia de negociación colectiva, el compromiso de seguir negociando un nuevo “Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva” que sustituya al II Acuerdo tras la finalización de su vigencia en 2014. Este nuevo Acuerdo, en línea con el anterior, debería de continuar favoreciendo, de forma equilibrada, la competitividad de la economía y la propia negociación colectiva, la utilización de mecanismos de flexibilidad interna como alternativa a la destrucción de empleo y una apuesta por la solución extrajudicial de los conflictos derivados de la propia dinámica de la negociación⁷⁰. Asimismo, en relación a los procesos de negociación, el Gobierno se compromete a desarrollar un sistema que permita que las Administraciones puedan facilitar a los negociadores toda la información económica y, en su caso, fiscal “relacionada con su convenio” garantizando asimismo que los trabajadores y sus representantes tengan acceso a una información completa sobre cotización a la Seguridad Social.

⁶⁹ OIT (2014a).

⁷⁰ El III Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva 2015, 2016 y 2017 fue firmado el 8 de junio de 2015 por CEOE, Cepyme, CC.OO. y la UGT (BOE de 20 de junio de 2015).

El Acuerdo contiene un expreso reconocimiento del sector industrial como elemento clave del proceso de recuperación de la economía reiterando el compromiso de desarrollar las líneas fijadas en la Agenda para el Fortalecimiento del Sector Industrial y un acuerdo para actuar sobre el modelo productivo, incorporando, entre otros, servicios de alto valor añadido, tecnologías de la información y comunicación y servicios medioambientales, así como el impulso de sectores emergentes y políticas sectoriales de mejora de la productividad y la competitividad. En el acuerdo también se hacen referencias a la necesidad de avanzar en el ámbito de las medidas de protección social (con el compromiso de ampliar en el mes de octubre los mecanismos de protección ligados a las políticas de empleo a los parados de larga duración en situación de especial necesidad), existe el compromiso de mejorar el funcionamiento del Fondo de garantía salarial (FOGASA) con el objeto de garantizar su puesta al día; impulsar la Economía Social y la responsabilidad social empresarial y seguir actuando en ámbitos como es la reforma fiscal y la lucha contra el fraude fiscal.

Sin duda la mayor sombra del Acuerdo es una elevada indefinición en los contenidos y en los compromisos que, por otra parte, contrasta con el diagnóstico efectuado por los firmantes de que «nos encontramos en un escenario que demanda actuaciones vigorosas que contribuyan a intensificar la recuperación y acelerar la creación de empleo estable y de calidad». Una moderación de los contenidos y del propio proceso que se explica por la dificultad de encontrar equilibrios entre posiciones muy alejadas ya no sólo en las soluciones sino en el propio diagnóstico.

A la espera de la concreción de dichas medidas y de su concreto contenido, creemos que la firma de este Acuerdo debe ser valorada positivamente por lo que supone de reactivación del diálogo social. El deber de negociar y la buena fe que el legislador impone a empresarios y trabajadores en el ámbito privado debe de actuar, con mayor intensidad si cabe, en el ámbito de la interlocución pública. En este sentido, sería deseable, en aras a la efectividad y legitimidad de las medidas que se deban de acordar, que el diálogo entre Gobierno y agentes sociales no se volviese a romper. Obviamente, el objetivo de alcanzar acuerdos no debe ser excusa para que no se cumplan con las responsabilidades que a cada uno incumbe institucionalmente, pero éstas pueden y deben acometerse tras haberse desarrollado un proceso de diálogo que debería también de servir para la mejora cualitativa de las políticas laborales.

9. LAS REFORMAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Como no podía ser de otra manera, en un contexto de grave crisis económica y con una inflación normativa tan acusada, la Seguridad Social no podía permanecer ajena a los cambios normativos. La situación económica podía proyectarse sobre la Seguridad Social, cuando menos de dos formas, en cierta medida contrapuestas. Así, si de una parte, las tensiones presupuestarias derivadas del incremento de gastos derivados del incremento de prestaciones y de la disminución de cotizaciones podían favorecer la adopción de medidas de contención del gasto. En sentido contrario, el incremento de las situaciones de necesidad debería suponer un incremento de la actividad prestacional de la Seguridad Social. Una actividad prestacional que, por otra parte, habría de ser la lógica con la finalidad de un sistema de cobertura de necesidades sociales y con la propia lógica de flexiseguridad que decía inspirar la reforma laboral de 2012. Al respecto cabe reseñar que en la flexiseguridad, la flexibilidad en la relación laboral, sobre todo en lo que se refiere a la salida, se compensa con un incremento de las tutelas o mecanismos de protección social al trabajador que se ve privado de su puesto de trabajo. El par seguridad se garantiza durante la transición, en las fases de empleo-no empleo-empleo, a través de prestaciones de Seguridad Social que además de proteger al trabajador individual y su familia desarrollan una importante función macroeconómica de sostenibilidad de la demanda.

Cabe afirmar, que la lógica predominante en las reformas desarrolladas ha sido la de la contención del gasto, frente a la de la protección social, y ello aunque se hayan dictado normas que trataban de hacer frente a situaciones como el desempleo de larga duración. La insuficiencia de las prestaciones reconocidas y su limitado alcance subjetivo coinciden en su lógica con las importantes restricciones operadas en relación a otras prestaciones como son la jubilación.

En relación a la protección por desempleo debe destacarse la aprobación del Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, sobre el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo. El 15 de diciembre de 2014, el Gobierno, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y los sindicatos CCOO y UGT firmaron el Acuerdo tripartito sobre el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo, destinado a mejorar la «empleabilidad» y dotar de nuevas oportunidades al colectivo de desempleados de larga duración con responsabilidades familiares, dadas sus mayores dificultades de colocación. Aunque la norma pueda ser importante por su significado, en un contexto de 3,3 millones de desempleados de

larga duración, que se encuentran más de un año buscando empleo, la protección que dispensa resulta claramente insuficiente tanto por las limitaciones subjetivas como por lo limitado de su contenido. Así en relación a los beneficiarios la norma limita su ámbito de actuación a los trabajadores desempleados que además cumplan los siguientes requisitos: a) Haber transcurrido al menos seis meses desde el agotamiento de las ayudas previstas en el Programa de Renta Activa de Inserción para Desempleados con Especiales Necesidades Económicas y Dificultad para Encontrar Empleo, el Programa Temporal de Protección e Inserción (PRODI), el Programa de Recualificación Profesional de las Personas que Agoten su Protección por Desempleo (PREPARA); b) estar inscrito como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo competente a fecha 1 de diciembre de 2014⁷¹; c) haber permanecido inscrito como demandante de empleo durante 360 días en los dieciocho meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de incorporación al programa; d) carecer del derecho a la protección contributiva o asistencial por desempleo, o a la renta activa de inserción; e) haber cesado involuntariamente en un trabajo por cuenta ajena; f) Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, y acreditar responsabilidades familiares.

En relación a su contenido, la norma siguiendo directrices de la Comisión europea, que vienen destacando la idea de que una política eficaz frente al desempleo no se debe basar exclusivamente en la garantía de ingresos, sino en la combinación de esta con medidas adecuadas de «empleabilidad» y de inserción laboral, incluye medidas de política activa de empleo y ayudas económicas de acompañamiento. Se trata básicamente de medidas de asistencia social proactiva, pero que revisten un carácter extraordinario, y subjetiva y temporalmente muy limitados (hasta abril del 2016) si se tiene en consideración el número de personas desempleadas y la coyuntura económica. De esta forma, en la norma se recogen actuaciones de intermediación laboral, gestionadas por los Servicios Públicos de Empleo, con la finalidad de incrementar las oportunidades de reincorporación al mercado de trabajo y una ayuda económica de acompañamiento gestionada por el Servicio Público de Empleo Estatal y vinculada a la participación en dichas políticas

⁷¹ Este requisito se entenderá cumplido en los supuestos en que el trabajador, aun no estando inscrito como demandante de empleo en dicha fecha, tenga interrumpida la inscripción debido a la realización de un trabajo por cuenta ajena, siempre que la duración del contrato haya sido por tiempo inferior a 90 días.

de activación para el empleo (art. 1.2 RDL 16/2014). Se trata sobre todo de «obligaciones de activación» que exigen al beneficiario de una serie de obligaciones de activación demostrativas de la disponibilidad permanente para trabajar: a) Suscribir en el momento de la solicitud un compromiso de actividad en virtud del cual realizarán las distintas actuaciones favorecedoras de su inserción laboral que se acuerden por los SPE, o por sus entidades colaboradoras como aceptar la colocación adecuada que les sea ofrecida por los SPE o por las agencias de colocación, b) acreditar ante el servicio público de empleo que durante el plazo de un mes a partir de la presentación de la solicitud han realizado, al menos, tres acciones de búsqueda activa de empleo y c) participar en las acciones de mejora de la «empleabilidad» y búsqueda activa de empleo, previstas en el itinerario individual y personalizado de empleo que, con carácter previo al inicio se asignará en el plazo de un mes desde la solicitud. Itinerario de empleo que es objeto de tutorización individualizada.

La ayuda económica es un nuevo subsidio asistencial especial y extraordinario por desempleo que equivale al 80% del IPREM (entorno, pues, a 426 euros), conforme a la disposición adicional 84^a de la Ley 36/2014, de presupuestos Generales del Estado para 2015 y con una duración máxima de seis meses (límite que, sin embargo, no actúa en relación a las acciones de inserción laboral).

En lo concerniente a las prestaciones por desempleo, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad reduce la cuantía de la prestación contributiva por desempleo a partir de los 180 días, hasta el 50 por ciento de la base reguladora y se impone al trabajador la totalidad de la cotización de la cuota obrera. Igualmente, se establecen topes en función del promedio de jornada trabajada en los últimos 180 días. La misma norma también operó importantes restricciones en relación al subsidio de desempleo. Así, se suprime el subsidio por desempleo de trabajadores mayores de 45 años que hubieran agotado una prestación contributiva por desempleo de 720 días, en el caso del subsidio por desempleo para mayores de 52 años se incrementa la edad de acceso hasta los 55 años, y también reduce su duración estableciendo como límite temporal máximo el acceso a la jubilación anticipada. También se reduce la cuantía del subsidio por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial al establecer su cuantía en proporción a las horas trabajadas, y se disminuye la cotización del subsidio por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos.

Por lo que al sistema de pensiones se refiere, las principales modificaciones se contienen en el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer

la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, y, sobre todo, en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. Los cambios más destacados que se introducen en estas normas presentan un nexo común: tratar de contener el gasto en materia de prestaciones.

Así nos encontramos con medidas que tratan de favorecer el incremento de la edad de jubilación, prolongando la vida activa y el incremento de la participación en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad (Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, BOE 16-3-13). Así, 1) se favorece la compatibilidad del trabajo y la pensión permitiéndose que los trabajadores que accedan a la jubilación al alcanzar la edad legal puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50% de la pensión y unas obligaciones de cotización limitadas; 2) se modifica la jubilación anticipada restringiéndola⁷² y 3) se restringe también la jubilación parcial⁷³.

⁷² Se modifica de la jubilación anticipada, diferenciándose los supuestos de jubilación anticipada voluntaria de los de la involuntaria o forzosa. Respecto a la voluntaria se establece que la edad que ha de tenerse cumplida ha de ser inferior en 2 años, como máximo, a la legal exigida para acceder a la jubilación, elevándose progresivamente de los 61 años hasta los 65 años en 2027. También se eleva el período mínimo de cotización efectiva exigido que pasa de 30 a 35 años. Se incrementan los coeficientes reductores que resultan aplicables a la pensión por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación. Respecto a la jubilación anticipada involuntaria o forzosa se modifica la edad que ha de tenerse cumplida, de los actuales 61 años, a la exigencia de que sea inferior en 4 años, como máximo, a la edad exigida legalmente en cada momento (teniéndose en cuenta la aplicación a estos efectos del período transitorio – disp. trans. 20a LGSS). Se modifican los coeficientes reductores aplicables por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación, mejorándose para los trabajadores con carreras de cotización más extensas. El período mínimo de cotización será de 33 años. Las causas de despido objetivo que permiten acceder a esta fórmula se amplían, de las económicas por despido individual y colectivo, previstas en la Ley 27/2011, a las tecnológicas, organizativas y de producción, exigiendo que se acredite el cobro efectivo de la indemnización o la presentación de demanda judicial.

⁷³ Se eleva progresivamente la edad de acceso en función del tiempo cotizado en el momento del hecho causante, progresivamente la edad mínima pasará de los 61 a los 65 años. El período mínimo de cotización para acogerse a esta modalidad de jubilación se fija en 33 años (25 años en el caso de personas discapacitadas en grado igual o superior al 33%). Se limita con carácter general al 50% la reducción máxima de la jornada de trabajo, si bien se permite alcanzar el 75% cuando esta medida venga acompañada de la formalización de un contrato de relevo con un trabajador más joven, con carácter indefinido y a tiempo completo.

Entre las novedades normativas, quizá la más relevante es la contemplada en la Ley 23/2013, de 23 diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. La citada norma introduce en nuestro ordenamiento dos factores determinantes de la cuantía de las pensiones, con la “finalidad de mantener el equilibrio financiero” en el sistema de la Seguridad Social español mediante una limitación del gasto. El primero es el Factor de Sostenibilidad, únicamente aplicable a las pensiones de jubilación y que en principio entrará en vigor a partir de 2019, mientras que el segundo, aplicable a todas las pensiones y de inmediata entrada en vigor, es el Índice de Revalorización. Con la introducción del Factor de Sostenibilidad, se pretende ajustar la cuantía inicial de la pensión de jubilación de acuerdo con el criterio de la esperanza de vida, de manera que se mantenga una proporcionalidad entre las contribuciones efectuadas por empresarios y trabajadores en virtud de la vida laboral del trabajador y las prestaciones esperadas, teniendo en cuenta el parámetro de la esperanza de vida de la generación que accede a la pensión de jubilación. Por otro lado, la introducción del Índice de Revalorización de todas las pensiones supone abandonar el criterio tradicional de revalorización, consistente en incrementar las pensiones en la misma proporción que lo hacía el Índice de Precios al Consumo. De este modo, el criterio que determine la revalorización de las pensiones causadas será la salud financiera del sistema durante un ciclo económico, habiéndose considerado que implicará una importante reducción de la cuantía de las pensiones.

Ha de notarse, no obstante, que la combinación del factor de sostenibilidad con las modificaciones incorporadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE 2 de agosto de 2011), no constituyen una mera adaptación del sistema sino un auténtico cambio de modelo de Seguridad Social en el que de un sistema de reparto se inicia la transición a un modelo de capitalización en el que además se producirá una disminución de las cuantías de las pensiones ofrecidas por el sistema público de seguridad Social. Así, el factor de sostenibilidad supondrá, en tanto la tasa de envejecimiento de la población progrese de forma positiva, una reducción final del montante de la pensión que afectará sobre todo a las pensiones cuya cuantía final se sitúe entre el mínimo garantizado y el tope máximo anual establecido en la Ley de Presupuestos y que, una vez aplicado se proyectará hacia el futuro afectando a la base de cálculo de las sucesivas revalorizaciones. Lo que incidirá en la mayoría de las pensiones que se reconocen en la actualidad como lo indica el valor medio de la

pensión que se sitúa en 913,21 euros/mes para las pensiones de incapacidad permanente y en 993,36 euros/mes, para las pensiones de jubilación.

Por lo que hace al índice de revalorización de las pensiones, lo que es evidente es que su posible incremento (al margen el mínimo garantizado del 0,25 por 100) se desvincula definitivamente de la evolución del IPC y se sujeta a la propia dinámica de los valores más significativos del sistema de pensiones, los cuales seguramente seguirán configurándose como valores de impacto negativo para ese cálculo ya que lo normal en estos últimos años es que los ingresos del sistemas sean inferiores a los gastos del mismo y que tanto el número de las pensiones contributivas (vinculado a la tasa de envejecimiento que, en principio, será creciente) como su cuantía media se incrementen. De esta forma, el índice de revalorización se resentirá provocando una revalorización de las pensiones de muy escasa cuantía (el 0,25 por 100 del año 2014 es casi irrelevante). Ello en definitiva, supondrá, como se ha indicado (González Ortega, 2014), que el poder adquisitivo de los pensionistas se vea reducido y que la nueva regulación abandone el compromiso de conservación del poder adquisitivo que se contenía en la anterior versión del art. 48 de la Ley General de Seguridad Social. En la tensión entre el principio constitucional de suficiencia de las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 41) y el principio del equilibrio financiero y de estabilidad presupuestaria con fundamento en el reformado art. 135 CE⁷⁴ aquél se sacrificó en beneficio de éste y de los sistemas privados de pensiones (Suárez Corujo, Borja 2014)

10. CONCLUSIONES

- En el trienio 2012-2014 se ha aprobado un número de normas muy elevado que han afectado a todas las parcelas el ordenamiento jurídico laboral. El número, su trascendencia cualitativa y la defectuosa técnica legislativa que se ha empleado en muchas y significativas normas han supuesto un importante factor de inestabilidad e inseguridad jurídica, agravado por la falta de un mínimo consenso político y social.
- No estamos simplemente ante un fenómeno de orden cuantitativo que se explique por la mera necesidad de adaptar las instituciones jurídico laborales a los cambios acaecidos como consecuencia de la crisis. Ciertamente las

⁷⁴ Este artículo fue reformado el 27 de septiembre de 2011 a través de una proposición presentada conjuntamente por los grupos parlamentarios del Partido Socialista Obrero Español y del Partido Popular.

exposiciones de motivos de las normas sitúan en la crisis y en la creación de empleo la justificación y finalidad de las reformas. Una explicación que asimismo ha servido como elemento justificativo de la constitucionalidad de algunas de las reformas más discutidas. Pero más allá de esa declaración y esa justificación, las reformas suponen una auténtica transmutación del ordenamiento jurídico laboral que pierde algunos de sus rasgos caracterizadores. La finalidad tuitiva del Derecho del trabajo y de algunas de sus instituciones llega a diluirse para potenciar su lógica instrumental al servicio de los intereses empresariales. Frente a la lógica de la protección de la parte contratante débil, el interés empresarial se convierte en el bien jurídico protegido de gran parte de las normas examinadas. De esta forma, el Derecho del trabajo se convierte en un derecho del empleo en el que éste, su creación, pasa a ser el norte de la legislación con independencia, o incluso al margen, de cuáles sean las características de esos empleos.

- En efecto, la reforma laboral española de 2012 afirma inscribirse en los parámetros de una equilibrada flexiseguridad, pero gravita, de modo abrumador, sobre el primer polo del concepto, en perjuicio del segundo. Y ello, porque aumenta extraordinariamente el poder empresarial en los distintos planos de las relaciones laborales, debilita los controles colectivos y olvida el robustecimiento de las políticas activas de empleo. No es, por tanto, la proclamada flexiseguridad el verdadero hilo conductor de la reforma sino más bien un pretexto en el que se oculta su auténtica lógica. El legislador, en realidad, pone todo su énfasis en la defensa de la productividad y de la libertad de empresa hasta el punto que se opta por un claro predominio de las exigencias económicas sobre las relativas a la promoción de los derechos de los trabajadores y los de sus representantes.
- De esta forma, la práctica de la reforma evidencia que la flexibilidad potenciada por la norma ha propiciado una importante devaluación de las condiciones de trabajo sin que, por otra parte, esa flexibilidad interna haya evitado, en contra de lo que anunciaba la nueva legislación, la flexibilidad de salida. De haber sucedido como pregonaban los preámbulos de las normas reformadoras, no se hubieran destruido tantos puestos de trabajo desde la promulgación de las mismas. Asimismo, tampoco se ha reducido, de manera mínimamente significativa, la contratación temporal, que sigue conociendo unas elevadísimas cifras.

- La reforma de las reglas legales ordenadoras de la negociación colectiva desarrolladas en el periodo del 2011-2012 han supuesto una importante embate para la negociación colectiva y la autonomía colectiva de los agentes sociales. Las nuevas reglas, con el pretexto de potenciar una negociación colectiva más adaptable a las condiciones económicas y más cercana a la empresa, no sólo otorgan prioridad aplicativa al convenio en un número muy importante y crucial de materias sino que además permiten que a través de acuerdos de empresa, negociados por sujetos ajenos a los sindicatos y con una cuestionable autonomía, pueda dejarse de aplicar lo establecido en los convenios sectoriales. En una suerte de microcorporativismo, la nueva regulación favorece una atomización convencional que impide la concertación de políticas sectoriales a través del dialogo social y debilita al convenio sectorial tanto como instrumento de regulación de mínimos homogéneos como instrumento de gobierno de la negociación colectiva. Asimismo, la nueva regulación de la ultraactividad determina que la parte social haya perdido capacidad negociadora en los procesos de renegociación convencional y puede suponer un vacío de regulación colectiva cuando transcurrido un año desde la denuncia del convenio no se haya alcanzado un acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón, Jorge; Rocha, Fernando y De La Fuente, Luís (2010): *Los planes sociales en los procesos de reestructuración de empresas en España*, Estudios de la Fundación, Fundación 1º de mayo, Madrid 2010.
- Cabeza Pereiro, Jaime (2014): “Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, septiembre 2014, Editorial La Ley.
- Casas Baamonde, María Emilia (2014): “La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo: reflexiones sobre un Derecho cuestionado por la economía y el desempleo”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, octubre 2014, Editorial La Ley.
- Escudero Rodríguez, Ricardo (2013): “La aplicación de la Reforma Laboral de 2012 o el anunciado Requiem por la flexiseguridad”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, Diciembre 2013, Editorial La Ley.
- García Murcia, Joaquín (2013): “La legislación laboral y social en el verano de 2013: del plan de empleo juvenil a los ajustes en la reforma laboral”, *Derecho de los Negocios*, núm. 271, Septiembre-October 2013, Editorial La Ley.
- González Ortega, Santiago (2014): “El nuevo régimen de revalorización de las pensiones”, *Relaciones Laborales*, núm 5, mayo 2014, Editorial La Ley.
- Molina, Oscar; Miguélez, Fausto (2013): *From negotiation to imposition: Social dialogue in austerity times in Spain*. Documento de trabajo núm. 51, DIALOGUE (Ginebra, OIT).
- Monereo Pérez, José Luis (2015): “Desempleo de larga duración y medidas activas de «empleabilidad» e inserción laboral. A propósito del Acuerdo Político-Social de 15 de diciembre de 2014 y del RDL 16/2014, de 19 de diciembre, sobre el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 3, marzo 2015, Editorial Wolters Kluwer
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, Valdés Dal-Ré Fernando y Casas Baamonde, María Emilia (2014): “Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, febrero 2014, Editorial La Ley.
- Rojo Torrecilla, Eduardo (2015): ¿Dos políticas de empleo, dos modelos? Análisis de normas y estrategias de los gobiernos socialista (2010-2011) y popular (2013-2015). *Trabajo y Derecho*, núm. 7-8, julio-agosto 2015, Editorial Wolters Kluwer.
- Salcedo Beltrán, María del Carmen (2014): “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a

- Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad en España”, *Revista jurídica de los Derechos Sociales LexSocial*, Vol. 4 núm. 2, 2014.
- Serrano García, Juana María (2002): *El plan social en los despidos colectivos*, Editorial Lex Nova, Valladolid 2002.
- Serrano García, Juana María (2011): “Primeras reflexiones en torno al Plan Social en el RD 801/2011, de 10 de junio”, *Relaciones laborales* nº 15, 2011, Editorial La Ley.
- Suárez Corujo, Borja (2014): “Las increíbles pensiones menguantes: la metamorfosis del sistema público de pensiones a través del factor de sostenibilidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, mayo 2014, Editorial La Ley.
- Valdés Dal-Ré, F. (1995): “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, *La reforma de la Negociación Colectiva*, Madrid 1995, Editorial Marcial Pons.

ANEXO I. LISTADO DE NORMAS CON RANGO DE LEY DICTADAS EN EL PERIODO 2012-2014

1. Real Decreto-Ley núm.3/2012, de 10 de febrero de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
2. Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.
3. Ley 2/2012, de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado 2012.
4. Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
5. Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.
6. Ley 10/2012, de 20 de noviembre, regula determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.
7. Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.
8. Ley 13/2012, de 26 de diciembre de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.
9. Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.
10. Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.
11. Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre. Mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial de Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social.
12. Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas.
13. Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.
14. Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, y posterior Ley 11/2013, de 26 de julio.

15. Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.
16. Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.
14. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.
15. Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.
16. Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público.
17. Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.
18. Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.
19. Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.
20. Ley núm. 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes
21. Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia
22. Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia
23. Ley núm. 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015

ANEXO II. LISTADO DE NORMAS REGLAMENTARIAS DICTADAS EN EL PERIODO 2012-2014

1. Real Decreto 1191/2012, de 3 de agosto que establecen normas para el reconocimiento del complemento de pensión para el alquiler de vivienda a favor de los pensionistas de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva.
2. Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.
3. Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre que regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.
4. Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.
5. Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.
6. Real Decreto núm. 1529/2012, de 8 de noviembre, que desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y establece las bases de la formación profesional dual.
7. Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.
8. 32. Real Decreto 156/2013, de 1 de marzo que regula la suscripción de convenio especial por las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral.
9. Real Decreto 429/2013, de 14 de junio que establece las bases reguladoras de las compensaciones económicas a los árbitros designados por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en relación con la inaplicación de las condiciones de trabajo de los convenios colectivos.
10. Orden ESS/982/2013, de 20 de mayo por la que se regula el contenido y el procedimiento de remisión de la comunicación que deben efectuar los empleadores a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo en los procedimientos de despido colectivo, y de suspensión de contratos y reducción de jornada.
11. Real Decreto 1043/2013, de 27 de diciembre, sobre revalorización y complementos de pensiones de clases pasivas para el año 2014.

12. Orden ESS/66/2013, por la que se actualiza las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes
13. Real Decreto 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido