

# Una ruta bajo sospecha: hacia la creación de empleo a través de la facilitación y el abaratamiento de los despidos (acerca de la reforma laboral 2012 del Gobierno del Partido Popular)

**Manuel Carlos Palomeque López**

Catedrático del Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca

Fecha de recepción: febrero de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 31 de marzo de 2013

## Resumen

El presente estudio se propone, como su subtítulo se encarga de resaltar, un análisis crítico de la reforma legislativa del ordenamiento laboral que el Gobierno del Partido Popular ha acometido en 2012, por considerarla imprescindible frente a la grave situación de la economía y del empleo generada por la crisis económica, en medio de los reclamos de organismos y mercados financieros. Tras un año de aplicación efectiva de las soluciones normativas adoptadas, puede sostenerse ya

## Abstract

*This study proposes, as its subtitle highlights, a critical analysis of the legislative reform of labour law that the People's Party Government has undertaken in 2012 by considering essential facing to the plight of the economy and the employment generated by the economic crisis, amid claims of agencies and financial markets. After a year of effective implementation of the regulatory solutions adopted, with foundation, it can be argued*

con fundamento que esta reforma no solo no ha contribuido a la creación de empleo, como era previsible de modo objetivo por lo demás (¿hacia la creación de empleo a través de la facilitación y el abaratamiento de los despidos?), sino que la ocupación y el empleo existentes antes de su entrada en vigor han caído de forma considerable y alarmante. La reforma laboral 2012 es, a fin cuentas, injusta por ideológica y desequilibrada en favor de uno de los intereses en juego, los empresariales.

**Palabras clave:** creación de empleo - empleo - despido - política de empleo - reforma laboral.

*that this labour market reform not only it has not helped to job creation, predictably objectively (¿toward the creation of employment opportunities through simplify and cheapen layoffs?), but the existing occupation and employment prior to their entry into force have fallen significantly and alarmingly. The 2012 labour reform is, after all, unfair by ideological and unbalanced in favour of one of the interests at stake, the entrepreneurs.*

**Key-words:** Job creation - employment - dismissal - employment Policy - reform of labour law.

Uno de cada dos empresarios españoles confiesa que ha reducido empleo en los últimos seis meses y que va a hacer otro tanto en el primer semestre de 2013, y solo uno de cada diez confía en crearlo a lo largo de este ejercicio.

Barómetro de empresas del diario *El País*, segundo semestre de 2012.

## 1. LA POLÍTICA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO DEL PARTIDO POPULAR EN MATERIA DE EMPLEO, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, UN AÑO DESPUÉS DEL INICIO DE LA LEGISLATURA: BALANCE NOMINATIVO Y RECORDATORIO POLÍTICO

El *preámbulo* de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, «de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la seguridad social» (BOE, 27 de diciembre), contiene por cierto un buen resumen, efectuado a modo de balance y de recordatorio político, cuando se había consumido ya un año de la legislatura resultante de las elecciones habidas el 20 de noviembre de 2011 y del consiguiente estreno parlamentario semanas después de su amplia mayoría absoluta en ambas cámaras legislativas, del modo como el Gobierno del Partido Popular ha diseñado desde el comienzo su política en materia de empleo, seguridad social y migraciones.

Así, dentro de lo que se considera como los «dos grandes pilares de la política económica del Gobierno», esto es, la estabilidad presupuestaria y las reformas estructurales, son recordados a continuación los cuatro «objetivos identificados con claridad» de las acciones debidas en aquella materia:

En primer lugar, una «profunda modernización de la legislación laboral al servicio de la creación de empleo y que apueste por una mayor estabilidad y una mayor flexibilidad interna en las empresas». A cuyo propósito responde desde luego la –así calificada como– «reforma estructural de nuestro marco laboral», que se ha llevado a cabo a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, «de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral» (BOE, 7 de julio), que merecerá lógicamente la atención principal de este estudio. Y, también, tan solo una semana después, la promulgación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de «medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad» (BOE, 14 de julio), de contenido principalmente económico, pero provisto asimismo de numerosas soluciones normativas en materia laboral, de empleo y de protección social [medidas de reordenación y racionalización de las Administraciones públicas, en materia de empleo y seguridad social o de «racionalización» –lisa y llanamente desmontaje institucional– del sistema de dependencia] que mueven a considerarlo con razón como una segunda entrega o prolongación de la reforma laboral ya en vigor. Al igual, en fin, que el reciente 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 (BOE, 23 de febrero), que contiene medidas dirigidas a reducir el desempleo juvenil [según datos de *Eurostat*, la tasa de desempleo de los jóvenes menores de 25 años alcanzaba en el tercer trimestre de 2012 el 54,1 por 100], mediante la inserción laboral por cuenta ajena o a través del autoempleo y el emprendimiento.

En segundo lugar, la «necesaria sostenibilidad del sistema de seguridad social y el aseguramiento y el mantenimiento de las prestaciones por desempleo». A tal efecto han sido promulgados [además del 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 seguridad social», BOE, 31 de diciembre] diversos decretos-leyes en la materia, dentro de una secuencia de por sí enmarañada y oportunista:

- Real Decreto-ley 23/2012, de 24 de agosto, «por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo» (BOE, 25 de agosto).
- Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de «medidas de consolidación y garantía del sistema de seguridad social» (BOE, 1 de diciembre).
- Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, «de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para los empleados del hogar y otras medidas de carácter económico y social» (BOE, 31 de diciembre).
- 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» (BOE, 26 de enero).

En tercer lugar, la «opción decidida por una inmigración legal, ordenada, responsable y vinculada al empleo».

Y, en cuarto y último lugar, la «consecución de una mayor eficacia y eficiencia en la gestión pública y hacer más y mejores políticas laborales y de empleo, sociales y migratorias con unos presupuestos necesariamente más austeros». A cuyo ámbito específico deben ser referidas –sin perjuicio claro es de su incidencia sobre los demás objetivos– la mencionada Ley 13/2012, de 26 de diciembre, «de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la seguridad social» (BOE, 27 de diciembre); así como la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que «se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social» (BOE, 28 de diciembre).

## 2. HACIA LA CREACIÓN DE EMPLEO A TRAVÉS DE LA FACILITACIÓN Y EL ABARATAMIENTO DE LOS DESPIDOS: UNA MISIÓN IMPOSIBLE EN TIEMPOS DE CRISIS ECONÓMICA SEVERA

El día 24 de enero de 2013, el Instituto Nacional de Estadística (INE) hacía pública la entrega de su *Encuesta de Población Activa* (EPA) correspondiente al cuarto trimestre de 2012. Ello ocurría, ciertamente, tan solo días antes de que se cumpliera un año de la entrada en vigor de la gran reforma laboral acometida por el Gobierno del Partido Popular, largamente prometida antes de su victoria en las elecciones legislativas de 2011 como panacea para la superación de los males de nuestro empleo, que adelantaba el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE, 11 de febrero), y afianzaba más adelante la homónima Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE, 7 de julio). Tiempo suficiente, desde luego, para empeñar un juicio fundado acerca de la suerte de tan importante iniciativa política y jurídica en su primer recorrido práctico.

El año 2011 había concluido, de acuerdo con la fuente indicada y con datos relativos a su cuarto trimestre, con la cifra de casi cinco millones trescientos mil parados (5.273.600, con exactitud), lo que arrojaba una tasa de desempleo del 22,85 por 100 de la población activa del país. Un año después, esto es, una vez transcurrido un año de aplicación de las soluciones legislativas pretendidamente salvadoras de la reforma laboral, el desempleo ronda los seis millones de parados (5.965.400, con exactitud, EPA, cuarto trimestre 2012), alcanzando una abrumadora tasa de paro forzoso del 26,02 por 100 de la población activa. La población ocupada ha disminuido en un año, según esta fuente, nada menos que en 850.500 personas, un 4,78 por 100, que es precisamente el volumen de empleo destruido en este período. Los despidos por causas objetivas, provistos legalmente como se verá de una indemnización más barata, se

han incrementado en el mismo tiempo un 49 por 100 y los expedientes de regulación de empleo lo han hecho por su parte un 66 por 100, en tanto que las jornadas no trabajadas por huelga (período comprendido entre enero y octubre de 2011 y 2012) han pasado de 378.541 a 909.992 (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, *Boletín de Estadísticas Laborales*, actualizado en <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/bel/index.htm> a 5 de febrero de 2013, cuando esto se escribe).

¿Cuántos empleos más se hubiesen perdido de no haber estado vigente la reforma laboral y su apuesta por medidas de flexibilidad interna disuasorias de las extinciones contractuales? Línea argumental que esgrime la propaganda reformista oficial, de imposible cuantificación por cierto, pero que debe ceder en último término ante la realidad apabullante del empleo destruido durante la vigencia de la propia reforma laboral y a lo que esta no es precisamente ajena. Porque la decisión legislativa de facilitación y abaratamiento de los despidos que lleva a cabo, como se tendrá ocasión de comprobar más adelante, en el marco de una operación general de flexibilización a ultranza del marco regulador de las relaciones de trabajo, no puede conducir lógica y razonablemente, por hipótesis –ello es así, por cierto, un año después–, y menos aún en tiempos de recesión económica grave, a la creación de empleo prometida, como no lo consiguieron en verdad cuantas iniciativas de este tipo fueron ensayadas en el inmediato pasado. La creación de empleo depende de modo directo, parece claro a estas alturas de la crisis, de la salud de la actividad económica general, de la inversión y del consumo, de las políticas públicas que se propongan de modo decidido el crecimiento, al fin y al cabo, y no de la promulgación de normas restrictivas de derechos.

### 3. LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL: UNA «REFORMA DE ENVERGADURA» FRENTE A LA GRAVEDAD DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA Y DE EMPLEO

La *reforma laboral* comparece una vez más a su cita periódica, dentro de su secuencia permanente desde la Transición democrática, provista en esta ocasión de un doble rasgo caracterizador. Es, en primer lugar, por lo que al origen de su iniciativa política se refiere, ya se ha dicho, la gran intervención estructural en el sistema jurídico laboral que el Partido Popular había considerado imprescindible frente a la grave situación de la economía y del empleo generada por la crisis económica, en medio de los reclamos de organismos y mercados financieros – una reforma demandada por el empresariado y la derecha política del país–, y que al fin ha podido acometer tras su victoria en las elecciones generales de noviembre de 2011. Y es también, en segundo término, si se atiende en este caso a la orientación, amplitud y contenido de la misma,

una reforma profunda –de «reforma de envergadura» se califica a sí misma– para una crisis económica grave y duradera.

De este modo, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE, 7 de julio), que ha resultado de la tramitación parlamentaria del precedente y homónimo Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE, 11 de febrero), al que sustituye con algunas modificaciones de importancia, y entrado en vigor «el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado» (disp. final 21.<sup>a</sup>), deja a las claras desde el principio su propósito general de política legislativa, a partir de un diagnóstico que se incorpora de modo contundente al discurso legislativo desde la primera frase del preámbulo de la norma: «La crisis económica que atraviesa España desde 2008 ha puesto de relieve las debilidades del modelo laboral español». Una crisis económica internacional, cuya gravedad en nuestro país se juzga sin precedentes, al haberse «destruido más empleo, y más rápidamente, que las principales economías europeas» y alcanzado así, a finales de 2011, más de cinco millones de desempleados.

El preámbulo de la Ley no duda, por lo demás, cinco párrafos después, en insistir con algún desarrollo en esta posición de partida:

La crisis económica ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español. Los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral y requieren 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, [puesto que] las reformas laborales realizadas en los últimos años, aun bienintencionadas y orientadas en la buena dirección, han sido reformas fallidas.

El hilo conductor de la propuesta reformadora se asienta, así pues, sobre un esquema argumental que podría ser presentado a través de las siguientes proposiciones:

- 1.<sup>a</sup> La crisis económica, especialmente grave en su duración y consecuencias en nuestro país, ha puesto de manifiesto que el modelo laboral español está aquejado por *problemas estructurales* severos que afectan a sus fundamentos y que han conducido a su insostenibilidad certificada.
- 2.<sup>a</sup> Los intentos llevados a cabo hasta el momento por corregir esta situación han resultado ciertamente fallidos, si se toman en cuenta las cifras de paro que la actividad económica exhibe y a pesar de que las iniciativas reformadoras precedentes estuvieran orientadas en la buena dirección.
- 3.<sup>a</sup> Por lo que, en conclusión, ha llegado la hora de acometer la *gran reforma necesaria* del ordenamiento laboral que la grave situación económica requiere, una reforma de envergadura que revierta de una vez la situación, que ha sido

reclamada por organizaciones económicas de dentro y fuera del país y que, a fin de cuentas, el nuevo Gobierno y su reforzado crédito electoral puede abordar con decisión.

Desde el punto de vista formal, y al igual que en ocasiones anteriores, aunque esta vez con técnica normativa más cuidada y de apariencia menos farragosa que otras precedentes, la Ley 3/2012 es una norma legal de *modificación* del ordenamiento laboral vigente, que combina institucionalmente nuevas regulaciones con alteraciones de contenido de leyes principales del sistema normativo (la Ley del Estatuto de los Trabajadores, LET, de modo extenso), amén de otras disposiciones reglamentarias de este. Provista la Ley de una estructura integrada por 25 artículos acomodados en 5 capítulos, más 18 disposiciones adicionales, 15 transitorias, 1 derogatoria única y 20 finales, este voluminoso cuerpo legal reformador se extiende en su publicación oficial nada menos que a lo largo de 79 páginas del *Boletín Oficial del Estado* del día 7 de julio, 9 de las cuales destinadas significativamente a su preámbulo o exposición de motivos, pues mucho parece que se tenga que justificar.

#### 4. UNA OPERACIÓN LEGISLATIVA DE FLEXIBILIZACIÓN PROFUNDA DEL MODELO LABORAL: LA «FLEXISEGURIDAD» COMO OBJETIVO POLÍTICO DE LA REFORMA

La reforma laboral operada por la Ley 3/2012, que se presenta a sí misma por cierto como «completa y equilibrada», tiene como propósito decidido, al igual que sus precedentes dentro de una serie conocida en los últimos tiempos, la actuación inmediata de los poderes públicos contra la crisis económica y sus consecuencias desastrosas en el mercado de trabajo –el paro forzoso a la cabeza–, «al objeto [por decirlo con el preámbulo de la norma] de 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».

El objetivo es pues de nuevo la *creación de empleo* y el camino hacia ello, una vez más, la *flexibilidad* del marco regulador de las relaciones de trabajo. Hacia la creación de empleo por medio de la flexibilización podría ser perfectamente el lema en juego. O, mejor aún, a través de un singular trueque semántico utilizado por la norma, «el objetivo es la flexiseguridad» (preámbulo). Es decir, la *flexiguridad* que proponen las fuentes europeas convertida para nosotros en objetivo político mismo de la reforma. En efecto, la Unión Europea abría hace años un importante debate acerca de la *modernización* del Derecho del Trabajo con vistas al mantenimiento de los objetivos de la Estrategia de Lisboa de crecimiento sostenible de la economía (Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo*

XXI, Bruselas, 2006). El documento se planteaba, así pues, la «función que podría desempeñar el Derecho laboral para promover una flexiguridad que propicie un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo y más inclusivo, y conduzca a una Europa más competitiva». O, de otro modo, el «reto de conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos».

Por cierto, tal como se desprende del documento comunitario, creo que es preferible el uso de esta palabra apocopada (flexiguridad), frente a la más frecuente entre nosotros y recogida en el preámbulo de la Ley 3/2012 (flexiseguridad), aunque solo sea por la elemental e inventada razón de justicia gramatical, según la cual habría que exigir a los dos vocablos protagonistas de la fusión, a ambos por igual, la «flexibilidad» y la «seguridad», la pérdida de alguna de sus sílabas en aras de la mezcla semántica resultante, lo que no ocurre desde luego en el primer caso.

La reforma laboral en cuestión apuesta, así pues, al decir del preámbulo de la Ley 3/2012, «por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo, etc.». Se verá con detenimiento a lo largo de este escrito, sin embargo, si ello es así o no.

Con todo, la reforma se inscribe decididamente dentro de la serie de políticas laborales de *flexibilización* o *adaptación* del ordenamiento jurídico de las relaciones de trabajo a la situación general de la economía –el factor económico en el origen de las transformaciones institucionales del Derecho del trabajo– que han acaparado de modo intermitente las tres décadas de nuestro desarrollo constitucional. Buen escaparate ofrecen, sin duda, la economía y sus crisis cíclicas, con ser la que ahora se padece de una gravedad inusitada, para la observación del modo como el Derecho del trabajo cumple su función histórica fisiológica de facilitación de las relaciones de producción –las relaciones de trabajo asalariado no son verdaderamente sino la otra cara de la moneda de las relaciones de producción, la articulación jurídica que las hace posibles, de ahí la relación *necesaria* entre Economía y Derecho del trabajo–, al propio tiempo que, de modo inescindible y mediante el equilibrio buscado del conjunto, de legitimación política y social del sistema económico de referencia, a través de un ordenamiento de compensación parcial de las desigualdades instaladas en las relaciones económicas –el factor político de la función social del Derecho del trabajo–. Es el caso, así pues, de las transformaciones normativas experimentadas por nuestro ordenamiento laboral de la mano de lo que he venido llamando desde hace tiempo la *reforma laboral permanente*.

La reforma laboral llevada a cabo por el gobierno del Partido Popular a través de la Ley 3/2012, adelantada como se ha dicho por el Real Decreto-ley 3/2012, con el título común para ambas disposiciones de «medidas urgentes para la reforma del mercado

laboral», se sitúa desde luego, sabidamente, en el camino bien conocido y experimentado largamente de flexibilización del marco regulador del trabajo asalariado. Si bien, la intervención legislativa ha ido en esta ocasión en verdad más lejos de lo actuado hasta el momento, mediante la adopción de soluciones normativas que afectan en determinados aspectos sensibles al equilibrio del modelo laboral en juego, potenciando ampliamente el poder del empresario en la administración de las condiciones de trabajo en detrimento del poder contractual colectivo de los trabajadores. Pero habrá que examinar esto con algún detalle más adelante.

## 5. LA REITERACIÓN DEL PATRÓN NORMATIVO AL USO Y SU SECUENCIA LEGISLATIVA DOBLE: UTILIZACIÓN DEL DECRETO-LEY POR RAZONES DE EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD Y SU TRATAMIENTO PARLAMENTARIO POSTERIOR COMO PROYECTO LEGISLATIVO

«La extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española para legislar mediante decreto-ley se justifica por la situación del mercado laboral español». De modo tan escueto como terminante, el preámbulo del Real Decreto-ley 3/2012 justificaba en su momento el recurso al instrumento normativo utilizado también en este caso y convertido ciertamente en una constante de política legislativa para estos escenarios: la aprobación por el Gobierno, en «caso de extraordinaria y urgente necesidad», de «disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes» y deberán ser «inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados» para su «convalidación o derogación», pudiendo ser tramitados como «proyectos de ley por el procedimiento de urgencia» (artículo 86 CE).

El preámbulo del Real Decreto-ley 3/2012 volvía más adelante, ya con detalle y una vez que había pasado revista de modo sucesivo a los contenidos de la disposición, a justificar la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad exigido por la Constitución para el decreto-ley. Tras la reiteración de la idea general ya anticipada de la concurrencia a juicio del legislador de la «premisa para recurrir a esta figura del Real Decreto-ley», el preámbulo iniciaba una relación de la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad «predicables de manera individualizada respecto de cada una de las medidas que se adoptan» y no solo del «conjunto que integran», lo que en verdad constituía una novedad significativa en el uso de esta figura legislativa hasta el momento. Otra cosa es, ciertamente, el juicio que merezca la correspondencia real o efectiva, tantas veces ausente por lo demás, entre las justificaciones esgrimidas y los contenidos reales de las medidas adoptadas.

Lo cierto es que la apelación a circunstancias de excepcionalidad económica ha permitido en general en los últimos años un sin duda criticable uso descuidado –cuando no lisa y llanamente arbitrario– del decreto-ley en el ámbito institucional de la política de empleo y de la actuación sobre el marco normativo del mercado de trabajo. Así pues, las reformas legislativas puestas en práctica en España en estos campos y durante las últimas décadas, no importa su iniciativa política ni la verdadera urgencia de las acciones, ni tampoco que hayan sido producto de acuerdos alcanzados con sindicatos y organizaciones empresariales o decididas por el propio Ejecutivo sin acuerdo social previo, han contado con el recurso normativo común al decreto-ley, tramitado –lo que se ha producido de modo habitual con alguna excepción– con posterioridad, eso sí, como proyecto legislativo.

Con todo, el Tribunal Constitucional ya ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de esta norma por vulneración del artículo 86.1 CE y su presupuesto habilitante de «extraordinaria y urgente necesidad» –el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de «medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad», adoptado en su momento por el Gobierno del Partido Popular–, al entender que «el Gobierno no ha aportado ninguna justificación que permita apreciar la existencia de la situación habilitante requerida», pues «los argumentos que al respecto se utilizan en el preámbulo [de la norma] no solo resultan marcadamente teóricos y abstractos, impidiendo con ello todo control de contraste con la realidad, sino que, en buena medida, han sido matizados –cuando no neutralizados– por la propia percepción de la realidad transmitida por el Gobierno en el debate parlamentario de convalidación», además de que «en ningún momento se ha justificado cuáles serían los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos, se seguirían de su tramitación por el procedimiento legislativo parlamentario, en su caso por el trámite de urgencia» (STC 68/2007).

A pesar de la generalidad de los juicios vertidos en la extensa, si se compara con la práctica anterior en la materia, operación justificadora acometida por el Real Decreto-ley 3/2012 acerca de la concurrencia a su juicio de los presupuestos habilitantes del mismo, llama la atención desde luego el interés del legislador por ponerse a cubierto formalmente de eventuales juicios de inconstitucionalidad en este punto.

La Ley 3/2012, de 6 de julio, es naturalmente el resultado de varios meses de tramitación parlamentaria como proyecto legislativo, por el procedimiento de urgencia, del referido Real Decreto-ley, poniéndose fin de este modo a la secuencia legislativa descrita, doble y ya habitual en estos casos, como se sabe. La Ley mantiene pues, de modo esencial, las soluciones normativas adoptadas por aquel, con agudización inclusive de la línea flexibilizadora de alguna de ellas, sin perjuicio de la incorporación final de insertos normativos de carácter aclaratorio o instrumental.

## 6. AUSENCIA DE CONCERTACIÓN SOCIAL Y DESLEGITIMACIÓN SINDICAL DE LA REFORMA

Las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y las confederaciones sindicales CCOO y UGT suscribían el 25 de enero de 2012 el *II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014* (Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo, BOE 6 de febrero), que debe ser tenido sin reservas como una contribución importante de la autonomía colectiva al diagnóstico y superación del «momento muy delicado [de la economía española] debido al intenso deterioro de sus fundamentos que se refleja en una elevada tasa de desempleo» (de la *Introducción* del Acuerdo). Las partes firmantes aportaban así en esta dirección, más allá de otros acuerdos alcanzados (estructura de la negociación colectiva, flexibilidad interna, empleo, formación, flexibilidad y seguridad, información y consulta, inaplicación negociada en la empresa de determinadas condiciones de trabajo de los convenios colectivos sectoriales), un pacto de moderación salarial a lo largo de la vigencia del acuerdo, en el convencimiento de que «para alcanzar la recuperación económica el crecimiento de las rentas y de los precios constituyen elementos clave para conseguir ese objetivo».

Estos mismos sujetos habían alcanzado anualmente, con anterioridad, acuerdos interconfederales para la negociación colectiva (AANC), una vez concluida la vigencia del acuerdo homónimo de 1997 que pretendía «contribuir a racionalizar la estructura de la negociación colectiva, evitando la atomización actualmente existente», a partir del establecimiento de «una adecuada articulación entre los distintos ámbitos negociales»: ANC 2002 (20-12-2001); ANC 2003 (23-1-2003), prorrogado para 2004 (22-12-2003); ANC 2005 (4-3-2005), prorrogado para 2006 (26-1-2006), y finalmente ANC 2007 (6-2-2007), prorrogado para 2008 (18-12-2007). En 2009, sin embargo, no se obtenía el oportuno acuerdo, culpándose ambas partes de la ruptura en medio de «la crisis financiera y económica más intensa de las últimas décadas» (la cita corresponde al documento que seguidamente se menciona), por lo que los sindicatos presentes en la fallida negociación acordaban por su parte unos *Criterios unitarios de CCOO y UGT para la negociación colectiva y el empleo. Propuestas sindicales frente a la crisis y por unas condiciones de trabajo y empleo dignas* (9 de marzo de 2009). Al fin, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y sindicales CCOO y UGT suscribían un *Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012* (Madrid, 9 de febrero de 2010), que reanudaba la práctica interrumpida de los acuerdos interconfederales en la materia –es verdad que con un alcance y contenido distintos de los precedentes– y reservaba la reforma de la negociación colectiva y de otros asuntos recogidos a una «negociación bipartita». Este es, naturalmente, el precedente del II Acuerdo hoy en vigor.

A pesar de que el Gobierno valoraba de forma positiva este II Acuerdo, por considerarlo dentro de la senda de moderación exigida por la situación económica del momento, no dejaría de advertir sin embargo que la reforma laboral que se proponía de inmediato tendría que ir más lejos. Y, en efecto, sin haber sometido los contenidos de su iniciativa reformadora –mantenidos con reserva absoluta hasta el último instante– a negociación con las partes sociales, ni siquiera a consulta previa de las mismas, el Consejo de Ministros aprobaba finalmente la reforma laboral anunciada en su reunión del viernes 10 de febrero, siendo publicado al día siguiente el Real Decreto-ley 3/2012 resultante.

En tanto que las organizaciones empresariales recibían la norma con satisfacción lógica, al igual que ocurría por cierto en otros foros económicos nacionales y externos, los sindicatos CCOO y UGT hacían público su rechazo firme a las principales medidas adoptadas, por considerarlas lesivas para los intereses de los trabajadores y recortadoras de algunos de sus derechos, al tiempo que anunciaban una movilización continuada contra la reforma, que se saldaba en la convocatoria de manifestaciones en las principales ciudades, en la huelga general habida el día 29 de marzo y en la amenaza, de no producirse rectificación por parte del Gobierno, de un «conflicto social creciente» que no ha hecho sino confirmarse con el tiempo.

## 7. LAS «DEBILIDADES DEL MODELO LABORAL»: DESEMPLEO Y TEMPORALIDAD

El desempleo encuestado (INE, EPA, véase en cuadro siguiente), que ofrecía en 2007, a las puertas de la crisis financiera, la cifra de un millón ochocientos mil parados, con una tasa del 8,3 por 100 de la población activa, se incrementaba un año después (2008) en setecientos cincuenta mil personas (la tasa de desempleo subía al 11,3 por 100), para superar en 2009, el año en que una crisis económica ya generalizada presagiaba lo peor, nada menos que el nivel de los cuatro millones de parados (la tasa de desempleo ascendía siete puntos para situarse en un 18,0 por 100). En 2010, los más de cuatro millones seiscientos mil parados recogidos en la encuesta elevaban la tasa de desempleo al 20,1 por 100 de la población activa, dos puntos más en un solo año. Y en 2011, dentro de esta escalada terrible del deterioro, se rozaba la escandalosa cifra de cinco millones de parados de promedio anual, con una tasa relativa del 21,6 por 100. La encuesta, que mostraba ya en el cuarto trimestre de 2011 la superación del umbral de los cinco millones de parados, ha arrojado como se sabe en el cuarto trimestre de 2012 –últimos datos disponibles de esta fuente por el momento–, prácticamente un año después de la entrada en vigor de la reforma laboral en cuestión, un total de 5.965.400 parados o, lo que es lo mismo, el 26,4 por 100 (!) de la población activa española.

La destrucción de empleo ha sido todavía más intensa en determinados colectivos de trabajadores, especialmente en los jóvenes, cuya tasa de paro entre los menores de veinticinco años sobrepasa, como se sabe, el 54 por 100. Al igual que los parados de larga duración, ya que la duración media del desempleo en España alcanza en la actualidad los quince meses, muy por encima de la media de los países de la OCDE. Sin contar naturalmente con la repercusión negativa de estos datos sobre el sistema de seguridad social: la disminución del número de afiliados junto a un incremento del gasto medio mensual en prestaciones por desempleo.

| <b>Años<br/>(media anual)</b> | <b>Miles</b>   | <b>Tasa</b>  |
|-------------------------------|----------------|--------------|
| <b>2007</b>                   | <b>1.833,9</b> | <b>8,3</b>   |
| <b>2008</b>                   | <b>2.590,6</b> | <b>11,3</b>  |
| <b>2009</b>                   | <b>4.149,5</b> | <b>18,0</b>  |
| <b>2010</b>                   | <b>4.632,4</b> | <b>20,1</b>  |
| <b>2011</b>                   | <b>4.999,0</b> | <b>21,6</b>  |
| <b>2012</b>                   | <b>5.769,0</b> | <b>25,03</b> |

La dualidad del mercado de trabajo arroja, por lo demás, una fuerte segmentación entre trabajadores fijos y trabajadores temporales, como consecuencia de una temporalidad laboral excesiva en el sistema de producción (la temporalidad media en la UE27 es más de diez puntos inferior a la española), verdadera anomalía comparativa dentro del contexto europeo.

En efecto, la tasa de temporalidad –la relación existente entre el número de trabajadores provistos de un contrato temporal y el conjunto de trabajadores asalariados, véase el cuadro siguiente–, que estaba a punto de alcanzar en 1995 el 35 por 100, la más elevada por cierto de nuestra historia constitucional como consecuencia de las políticas de fomento de la contratación temporal promovidas durante los años ochenta de la última centuria, comenzaba a descender con extrema moderación a partir de 1997 –sin perjuicio de algún repunte anual– y la ejecución de un cambio de orientación en la política de empleo, al apostarse ahora por el fomento de la contratación indefinida: 33,4 por 100 en 1997; 32,2 por 100 en 2000; 33,3 por 100 en 2005; 34,0 por 100

en 2006; 31,7 por 100 en 2007; 29,2 por 100 en 2008; 25,4 por 100 en 2009; 24,9 por 100 en 2010; y 25,3 por 100 en 2011. La tasa de temporalidad correspondiente a 2012 se ha situado finalmente, en promedio anual, en el 23,6 por 100 de la población asalariada –23,8 por 100, 23,7 por 100, 24,0 por 100 y 23,0 por 100, respectivamente, en cada uno de sus trimestres–, inaceptable todavía, a pesar de su reducción en once puntos desde 1997, para un funcionamiento razonable del mercado de trabajo.

| Años | Tasas (media anual) |
|------|---------------------|
| 1995 | 34,9                |
| 1997 | 33,4                |
| 2000 | 32,2                |
| 2005 | 33,3                |
| 2006 | 34,0                |
| 2007 | 31,7                |
| 2008 | 29,2                |
| 2009 | 25,4                |
| 2010 | 24,9                |
| 2011 | 25,3                |
| 2012 | 23,6                |

Esta situación del empleo en nuestro sistema productivo, agravada por la crisis económica iniciada en 2008, y que ha convertido a España en el país con más paro forzoso de la Unión Europea, debe ser imputada en último término, a juicio de los reformadores, a las *debilidades* y a la *rigidez* del mercado laboral español. Por lo demás, tan simple diagnóstico se formula de forma inequívoca, como se ha señalado, en el preámbulo de la Ley 3/2012, eso sí, con la mención al apoyo internacional imprescindible para la encomienda y justificación de la operación reformadora.

## 8. LA TERAPIA PRESCRITA Y SUS MEDIDAS DE ACTUACIÓN: LA CREACIÓN DE UN «HORIZONTE DE SEGURIDAD JURÍDICA Y CONFIANZA» PARA LA RECUPERACIÓN DEL EMPLEO

De donde la conclusión está ciertamente servida: la necesidad de una reforma inmediata y profunda que aborde las deficiencias estructurales del sistema y proporcione a los operadores económicos y laborales «un horizonte de seguridad jurídica y

confianza en el que desenvolverse con certeza para conseguir recuperar el empleo» (preámbulo de la Ley 3/2012).

Para la consecución de este doble horizonte de *seguridad y confianza* para emprendedores e inversores que logre revertir la situación del empleo en nuestro sistema productivo, la Ley adopta como terapia de actuación un conjunto de medidas ordenadas, al hilo de la propia división capitular de la norma, en hasta cinco agrupamientos temáticos: 1) medidas para «favorecer la empleabilidad de los trabajadores» (capítulo I); 2) medidas de «fomento de la contratación indefinida» y otras para «favorecer la creación de empleo» (capítulo II); 3) medidas para «favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo» (capítulo III); 4) medidas para «favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral» (capítulo IV), y 5) medidas de adaptación procesal de las regulaciones sustantivas anteriores («modificaciones de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, capítulo V). Amén, claro es, de las diversas medidas extrasistemáticas, incorporadas por tanto a las disposiciones adicionales, transitorias y finales de la norma reformadora.

Habrà que mencionar aparte, con todo, regulaciones complementarias relativas a las entidades de crédito, a especialidades en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal, a la conciliación de la vida laboral y familiar, a la protección por desempleo o, en fin, a las medidas de políticas activas de empleo contempladas en la normativa estatal en el ámbito de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.

## 8.1. Empleabilidad de los trabajadores

Bajo la rúbrica de «medidas para favorecer la empleabilidad –sabido es que el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española no recoge este término– de los trabajadores», el capítulo I (arts. 1 a 3) de la Ley 3/2012 agrupa diversas medidas encaminadas a juicio de la norma a esta finalidad:

- Autorización a las *empresas de trabajo temporal* (art. 1 y disp. transitoria 1.<sup>a</sup>), que «se han revelado como un potente agente dinamizador del mercado de trabajo» (preámbulo), para operar como agencias de colocación [arts. 16.3 LET, 1 y 2.1.b) LETT, 21 bis.2 y disposición adicional 2.<sup>a</sup> LE, todos ellos modificados].
- *Formación profesional* (art. 2, disps. transitorias 7.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> y disps. finales 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>), apostándose por «una formación profesional que favorezca el aprendizaje permanente de los trabajadores y el pleno desarrollo de sus capacidades profesionales» (preámbulo) a través de diversas medidas y

consiguiente modificación de la LET, la LE y la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de reforma del sistema de protección por desempleo: 1) la inclusión en el contenido del derecho de los trabajadores a la promoción y formación profesional en el trabajo [art. 4.2.b) modificado LET] de la formación dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo; 2) la modificación del régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje (art. 11.2 modificado LET y Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, «por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual», BOE, 9 de noviembre) con la finalidad de «potenciar el empleo juvenil mediante la supresión de limitaciones injustificadas» (preámbulo), a pesar de que «hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por 100» podrán realizarse esos contratos con trabajadores menores de 30 años sin que sea de aplicación el límite máximo legal de 25 (disp. transitoria 9.ª); 3) el reconocimiento a los trabajadores de un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un período de hasta cinco años (art. 23.3 modificado LET); 4) el reconocimiento a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y a los centros y entidades de formación debidamente acreditados a través de sus organizaciones representativas del sector la posibilidad de participar en el diseño y planificación del subsistema de formación profesional para el empleo (art. 26.1 modificado LE), y 5) la inscripción de la formación recibida por el trabajador a lo largo de su carrera profesional en una cuenta de formación asociada al número de afiliación a la seguridad social (art. 26.10 modificado LE).

- Reducciones de cuotas en los *contratos para la formación y el aprendizaje* (art. 3).

## 8.2. Fomento de la contratación indefinida y creación de empleo

El capítulo II de la Ley 3/2012 (arts. 4 a 7) contiene, bajo la rúbrica de «fomento de la contratación indefinida y otras medidas para favorecer la creación de empleo» y con el propósito expreso, al decir del preámbulo de la norma, de «favorecer especialmente a quienes están sufriendo con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis económica: los jóvenes desempleados y las PYMES», las siguientes:

- La creación de un nuevo contrato laboral, el *contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores* (art. 4 y disp. adicional 1.ª), con el «objeto de facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial» para las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores (la mayor parte por cierto del tejido productivo del país), que se celebrará por tiempo indefinido y a jornada completa, cuyo régimen jurídico y los derechos

y obligaciones que de él se deriven se regirán con carácter general por lo dispuesto en la LET y «en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido», con la excepción de la duración del período de prueba que será de un año en todo caso. La empresa tendrá derecho a aplicar en este caso importantes incentivos fiscales (especialmente para menores de treinta años) y de bonificaciones en la cuota empresarial a la seguridad social (jóvenes entre 16 y 30 años, mayores de 45, mujeres en ocupaciones menos representadas). La excesiva duración del período de prueba del contrato, que desde luego desnaturaliza la institución, frente al límite ordinario general de dos meses como máximo para los trabajadores que no sean técnicos titulados (art. 14.1 LET), abre las puertas ciertamente a la extinción libre y por tanto a la temporalidad durante doce meses de la nueva modalidad contractual, ofrecida por cierto como una de las novedades más llamativas de la reforma.

La Ley 3/2012 procede a la derogación [disp. derogatoria única.1.a] de la disposición adicional 1.ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento y la mejora de su calidad, que contenía hasta ahora el régimen jurídico del *contrato para el fomento de la contratación indefinida*, que queda pues suprimido por haberse desnaturalizado considerablemente tras la última ampliación de los colectivos con los que se podía celebrar dicho contrato.

- La posibilidad de realización de horas extraordinarias en los *contratos a tiempo parcial* (art. 5), que computarán a efectos de bases de cotización a la seguridad social y de bases reguladoras de las prestaciones [art. 12.4.c) modificado LET].
- La incorporación legal del *trabajo a distancia* o teletrabajo (art. 6), mediante la modificación del régimen jurídico del «contrato de trabajo a domicilio» cuya denominación es sustituida (art. 13 modificado LET), con la finalidad reconocida de «favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar» (preámbulo), al amparo del uso intensivo de las nuevas tecnologías. Tendrá ahora la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral «se realice de manera preponderante» (especificación no contenida en la norma modificada) en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, «de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa» (desaparece la mención a la ausencia de vigilancia del empresario).
- Bonificaciones de cuotas por *transformación de contratos en prácticas, de relevo y de sustitución en indefinidos* (art. 7), de cuyo programa podrán beneficiarse las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores en el momento de producirse la contratación, incluidos los trabajadores autónomos y las sociedades laborales o cooperativas. Más allá de este supuesto, será de

aplicación lo previsto con carácter general en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

### 8.3. Flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo

El capítulo III de la Ley 3/2012 contiene un conjunto de «medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo» (arts. 8 a 16), por considerar el preámbulo de la norma que «en un sistema que genera incentivos adecuados, las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada»:

- El sistema de *clasificación profesional* de los trabajadores pasa a tener como única referencia el *grupo profesional* (art. 8 y disp. adicional 9.<sup>a</sup>), frente al hasta ahora vigente de «categorías o grupos profesionales», basado en «la rigidez de la noción de categoría profesional» (preámbulo), lo que desde luego amplía el juego de la movilidad funcional en manos del empresario o, por decirlo también en los términos del preámbulo de la norma, hace de la movilidad funcional ordinaria «un mecanismo de adaptación más viable y eficaz». Se establece ahora (art. 22.4 modificado LET) que, por acuerdo entre el trabajador y el empresario, «se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente alguna de ellas».
- La *distribución irregular de la jornada de trabajo* a lo largo del año (art. 9) podrá ser realizada por el empresario hasta un 10 por 100 de la misma, en defecto de pacto (art. 34.2 modificado LET).
- La definición legal de la *movilidad funcional* en la empresa a partir del grupo profesional (art. 10): movilidad funcional para «la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional», debiendo el empresario «comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores» (art. 39.2 modificado LET).
- La *movilidad geográfica* de trabajadores (art. 11), cuyo régimen jurídico se modifica en los siguientes puntos: 1) definición legal expansiva de las razones justificativas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) del traslado que exija cambio de residencia, considerándose ahora por tales, mediante la utilización de conceptos generales, «las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así

como las contrataciones referidas a la actividad empresarial» (art. 40.1 modificado LET); 2) supresión de la posibilidad de intervención de la autoridad laboral en los traslados colectivos, quien hasta la presente reforma podía ordenar, una vez finalizado el período de consultas exigido en este supuesto, a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justificaran, «la ampliación del plazo de incorporación» de los trabajadores al centro de destino y la consiguiente «paralización de la efectividad del traslado» por un tiempo no superior a seis meses (art. 40.2 modificado LET); y 3) ampliación de la prioridad de permanencia en los puestos de trabajo originarios en caso de movilidad geográfica, cuando así se establezca por convenio colectivo o mediante acuerdo alcanzado durante el período de consultas, en favor de (además de los representantes legales de los trabajadores que ya disponen de ella) «trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad» (art. 40.5 modificado LET).

- La *modificación sustancial de condiciones de trabajo* por el empresario (art. 12), que es objeto de las siguientes modificaciones flexibilizadoras: 1) definición simplificada y ampliatoria de las razones (económicas, técnicas, organizativas o de producción) que justifican la modificación contractual, considerándose ahora como tales «las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa» (art. 41 modificado LET); 2) incorporación de la «cuantía salarial» a la relación legal de materias cuya modificación tiene la consideración de sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41.1 modificado LET); 3) distinción legal entre modificaciones sustanciales colectivas e individuales, que ahora se establece simplificada a partir del criterio numérico de afectación de trabajadores y no de la fuente de procedencia de las mismas (art. 41.2 modificado LET); 4) acortamiento del plazo de notificación por el empresario, al trabajador afectado y a sus representantes legales, de la decisión de modificación sustancial de condiciones de carácter individual, que deberá hacerse con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad, en lugar de los treinta anteriores (art. 41.3 modificado LET); 5) inclusión de la modificación sustancial del sistema de remuneración y cuantía salarial y de funciones, cuando estas excedan de los límites de la movilidad funcional, como causas de extinción voluntaria del contrato de trabajo por el trabajador con derecho a indemnización (art. 41.3 modificado LET); 6) establecimiento de un plazo específico (frente al común existente hasta ahora) para la eficacia de la decisión empresarial sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo, que «surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación» (art. 41.5 modificado LET); y 7) la remisión del régimen de modificación de las condiciones de trabajo establecidas

en los convenios colectivos estatutarios al supuesto general de inaplicación en la empresa de los convenios colectivos (art. 41.6 modificado LET).

- La *supresión de la autorización administrativa* en procedimientos de suspensión del contrato de trabajo o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 13 y disp. transitoria 10.<sup>a</sup> y art. 47 modificado LET), regulándose medidas de apoyo (bonificaciones en las cuotas empresariales a la seguridad social) a la suspensión de contratos y a la reducción de jornada (art. 15), así como la reposición del derecho a la prestación por desempleo de los trabajadores que vean extinguidos posteriormente sus contratos de trabajo por causas objetivas (art. 16). Lo previsto en el artículo 47 LET no será de aplicación a las Administraciones públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, «salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado» (disp. adicional 3.<sup>a</sup>).
- La modificación en profundidad del sistema institucional de *negociación colectiva* (art. 14 y disp. transitoria 4.<sup>a</sup>), con el objetivo declarado de procurar que esta «sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa» (preámbulo), que supone en realidad una notable desnaturalización de su función reguladora en el sistema laboral y que se centra en los siguientes ámbitos: 1) la extensión de la posibilidad de *inaplicación* del convenio colectivo en la empresa (radicada con anterioridad tan solo en el régimen salarial), por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores y cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, previo desarrollo de un período de consultas, al conjunto de condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a sus principales materias: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, trabajo a turnos, sistema retributivo y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites de la movilidad funcional y mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social (art. 82.3 modificado LET); 2) el sometimiento de la discrepancia ante la *falta de acuerdo* para la inaplicación del convenio colectivo, y la no solución del conflicto por otras vías autónomas (la regulación de los procedimientos para solventar estas discrepancias siguen formando parte del contenido mínimo del convenio colectivo, artículo 85.3 modificado LET), a un *arbitraje obligatorio*, a petición de cualquiera de las partes, ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos [por Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, «se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», BOE, 28 de septiembre] o los órganos correspondientes de las comunidades autónomas

en razón al ámbito territorial del asunto (art. 82.3 modificado LET); 3) pérdida de la naturaleza dispositiva (salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de comunidad autónoma estableciera reglas distintas sobre la estructura de la negociación colectiva o la concurrencia entre convenios) de la regla de la *prioridad aplicativa del convenio de empresa* respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, que se convierte así en principio legal imperativo y directo (art. 84.2 modificado LET); 4) la previsión legal de que los sujetos legitimados puedan negociar la *revisión del convenio colectivo* durante su propia vigencia y sin necesidad por tanto de esperar a su denuncia (art. 86.1 modificado LET); 5) la limitación temporal de la *ultractividad* –tampoco este término, habitual y utilizado en el preámbulo de la norma reformadora, está recogido en el *Diccionario de la Lengua Española* de la RAE– del convenio colectivo a un año desde su denuncia, sin que se hubiere acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, salvo pacto en contrario (art. 86.3 modificado LET y disp. transitoria 4.<sup>a</sup>); y 6) supresión del plazo máximo de quince días, a contar desde la constitución de la comisión negociadora, para el inicio de la negociación del convenio colectivo (art. 89.2 modificado LET).

#### 8.4. *Eficiencia del mercado de trabajo y reducción de la dualidad laboral*

Para combatir la acusada rotación y segmentación del nuestro mercado de trabajo, el capítulo IV de la Ley 3/2012 (arts. 17 a 19) establece, bajo la rúbrica «medidas para favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral», un conjunto de ellas referidas esencialmente a la extinción del contrato de trabajo (art. 18, disps. transitorias 5.<sup>a</sup> y 10.<sup>a</sup>) en los siguientes puntos (salvo el primero de ellos, claro es):

- El adelantamiento del fin de la suspensión temporal de la prohibición de *encadenamiento de contratos temporales* (art. 15.5 LET), cuya previsión legal volvería a ser de aplicación plena a partir del 1 de enero de 2013 (art. 5 modificado RD-I 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes).
- El *despido colectivo*, cuyo régimen jurídico ha experimentado importantes modificaciones: 1) la delimitación legal de la justificación del despido (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), que se simplifica con la eliminación de referencias normativas existentes («proyecciones de futuro de imposible prueba», preámbulo), facilitándose su utilización para causas económicas al entenderse que la disminución [disminución persistente del «nivel de ingresos ordinarios o ventas» (?)] de la empresa] es persistente «si durante

tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior»; y 2) la supresión de la autorización administrativa, manteniéndose la exigencia comunitaria de un período de consultas, pero sin exigir un acuerdo con los representantes de los trabajadores (arts. 49.1 y 51 modificados LET). Por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, «se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada», BOE, 30 de octubre; y por Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, se regulan «las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años» (BOE, 30 de octubre).

- El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de la *personal laboral* al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del *sector público* se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) LET y sus normas de desarrollo, entendiéndose que concurren causas económicas cuando se produzca en aquellos una situación de «insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes», en todo caso si se manifiesta durante «tres trimestres consecutivos» (disp. adicional 2.ª). Se abren las puertas, así pues, para un ajuste generalizado del empleo público.
- El *despido disciplinario improcedente*: 1) el abaratamiento de la indemnización a cargo del empresario, cuando no se opte por la readmisión del trabajador, que pasa ahora, de los anteriores «cuarenta y cinco» días de salario con el límite de «cuarenta y dos» mensualidades, a *treinta y tres* días de salario por año de servicio hasta un máximo de *veinticuatro* mensualidades (art. 56.1 modificado LET), generalizándose así para todos los despidos improcedentes la indemnización a la baja que contenía la ya suprimida modalidad del «contrato de fomento para la contratación indefinida»; 2) la percepción por el trabajador de los –aparece la expresión novedosamente en el precepto– *salarios de tramitación* (los salarios dejados de percibir por el trabajador desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia o hasta que hubiese encontrado otro empleo, si tal colocación fuese anterior a la sentencia) únicamente cuando se opte por su readmisión y consiguiente supresión de los mismos para el supuesto de indemnización (art. 56.2 modificado LET); 3) la excepción del nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación para los representantes legales de los trabajadores, quienes tendrán derecho a los salarios de tramitación, tanto si optan por la indemnización como si lo hacen por la readmisión (art. 56.4 modificado LET); y 4) la supresión legal de la posibilidad del llamado *despido exprés*: el contrato de trabajo se entendía extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera su improcedencia y ofreciese la

correspondiente indemnización y su depósito en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador (art. 56.2 modificado LET).

- La modificación de los artículos 209.4 (el ejercicio de la acción contra el despido o extinción del contrato no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo) y 5.a) (eliminación de la mención legal a los salarios de tramitación) LGSS y 8.3 (actualización de la relación de infracciones administrativas muy graves en el ámbito del despido colectivo y de la suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor) LISOS.
- La modificación del régimen jurídico del *Fondo de Garantía Salarial* (art. 19), para limitar el importe de la cantidad de resarcimiento al empresario que deberá abonar de la indemnización que corresponda a los trabajadores por extinciones por causas objetivas (arts. 51 y 52 LET), en empresas de menos de 25 trabajadores, que habrá de ser ahora (frente a la previsión legal anterior del «cuarenta por cien de la indemnización legal que corresponda») el «equivalente a ocho días de salario por año de servicio» (artículo 33.8 modificado LET).

### **8.5. Medidas de adaptación procesal de las modificaciones sustantivas llevadas a cabo**

La reforma del régimen jurídico sustantivo de la suspensión temporal del contrato, de reducción de la jornada y del despido colectivo en lo relativo a la supresión de la autorización administrativa obliga ciertamente a la Ley 3/2012 a la adaptación del tratamiento procesal de estas instituciones mediante una extensa modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, cuando esta apenas había estrenado su vigencia. A tal efecto destina su capítulo V y último (arts. 20 a 25), bajo la rúbrica de «modificaciones de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social».

Se efectúa, por lo pronto, una mera modificación adaptadora, a veces simplemente numérica o terminológica, relativa a los siguientes pasajes normativos de la LJS:

- el ámbito del orden jurisdiccional social [art. 2 h) y 2.n)];
- los Juzgados de lo Social [art. 6.2.a)];
- las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 7);
- la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (art. 8.1);
- la acumulación de procesos (arts. 31 y 32.3);
- el tiempo de las actuaciones judiciales (art. 43.4);
- las excepciones a la conciliación o mediación previa (art. 64.1);

- las excepciones a la reclamación administrativa previa o al agotamiento de la vía administrativa (art. 70.1);
- los efectos del despido improcedente (art. 110.1);
- los efectos del recurso contra la sentencia de declaración de improcedencia del despido [art. 111.1b)];
- la rúbrica del capítulo IV del título II del libro segundo («de la extinción del contrato por causas objetivas, por despido colectivo y otras causas de extinción»);
- la rúbrica de la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo IV del título II del libro segundo («despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor»);
- la rúbrica de la sección 4.<sup>a</sup> del capítulo V del título II del libro segundo («movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor»);
- el proceso de oficio [art. 148 b)];
- la tramitación del procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de seguridad social excluidos los prestacionales (art. 151.11);
- el ámbito de aplicación del proceso de conflictos colectivos (art. 153.1);
- las demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente (art. 184);
- el ámbito de aplicación del recurso de suplicación [art. 191.2.e) y 3.a)];
- las resoluciones procesales recurribles en casación (art. 206.1);
- el auto de resolución del incidente de no readmisión en ejecución de sentencias firmes de despido [art. 281.2 b)].

Mención aparte merece desde luego la creación de una nueva modalidad procesal para el *despido colectivo*, que tendrá carácter urgente y cuya tramitación gozará de preferencia absoluta en su despacho sobre cualesquiera otros asuntos, salvo los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 124 modificado LJS). La rúbrica de este precepto («despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción») contiene por cierto, en la denominación de la modalidad procesal, una sorprendente y única alteración en el orden de los adjetivos de las causas del despido (económicas, organizativas, etc.), si se toma como referencia la mención sustantiva estándar de los nuevos artículos 49.1.i) y 51.1 LET (económicas, técnicas, etc.), que se arrastra de modo incomprensible, a pesar de haber sido puesta de manifiesto, de la redacción originaria del Real Decreto-ley.

Y, en fin, como se ha indicado de pasada, la hasta ahora modalidad procesal relativa a «movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo» incorpora a su denominación y ámbito jurídico las demandas por «suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de

producción [aquí se sigue la secuencia terminológica habitual] o derivadas de fuerza mayor» (art.º 138 modificado LJS).

## 9. UNA VALORACIÓN GENERAL DE LA REFORMA COMO CONCLUSIÓN

Las *ideas-fuerza* de política legislativa que envuelven a mi juicio el propósito de la reforma –el particular modo examinado de concebir la *flexibilidad* como objetivo para la creación de empleo– pueden ser presentadas finalmente del siguiente modo:

1.º El reforzamiento del *poder individual del empresario* en la gestión de las condiciones de trabajo, con vistas a la consecución de un modelo pleno de *gestión empresarial* de la flexibilidad interna en la empresa y la mejora de la tasa de ganancia empresarial, entendida como presupuesto para la recuperación de la actividad económica, lo que forzosamente redundará siempre en un deterioro parcial de la posición contractual de los trabajadores en la empresa. Esta línea de política legislativa se manifiesta a las claras, desde luego, en algunas de las principales regulaciones de la norma:

- La *temporalidad encubierta* y la *extinción libre* en manos del empresario del nuevo y bonificado *contrato de trabajo (indefinido) de apoyo a los emprendedores* durante un año (presentado por cierto como la figura estelar de la reforma y que ha dado un juego moderado en la práctica empresarial), a través del expediente oblicuo de dotarlo legalmente de un período de prueba «que será de un año en todo caso», con la consiguiente desnaturalización de esta institución, en la medida en que, a pesar de la incorporación de su carácter indefinido a la denominación legal de la modalidad contractual, el empresario podrá decidir libremente su resolución durante los doce primeros meses de su vigencia.
- La *facilitación causal* (nuevo entendimiento legal de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, que se considerarán tales las que estén relacionadas con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa») y la *eliminación de formas de intervención de la autoridad laboral* en el procedimiento de la *movilidad geográfica* de trabajadores.
- La *facilitación causal* (nuevo entendimiento legal de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, que se considerarán tales las que estén relacionadas con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa») y la *ampliación material* (la «cuantía salarial» se incorpora a la lista de posibilidades) de las *modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo* por el empresario.

- La *supresión de la autorización administrativa* en los procedimientos de suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada por el empresario en base a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.
- La *distribución irregular de la jornada de trabajo* a lo largo del año a cargo del empresario de hasta el diez por ciento de esta, en defecto de pacto.
- La *facilitación de la justificación* por causas económicas (se entenderá que existe disminución persistente del «nivel de ingresos ordinarios o ventas» de la empresa, si «durante tres trimestres consecutivos» el nivel de cada trimestre «es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior») y por causas técnicas, organizativas o de producción (el empresario no tiene ya que justificar la «razonabilidad de la decisión extintiva») y la *supresión de la autorización administrativa del despido colectivo*.
- El *abaratamiento de la indemnización* (pasa, de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, a treinta y tres con un tope de veinticuatro, generalizándose la indemnización «baja» de los contratos para el fomento de la contratación indefinida que ahora desaparecen) y la *supresión de los salarios de tramitación* (en caso de que se opte por la readmisión, salvo para los representantes legales de los trabajadores) del *despido disciplinario improcedente*.

2.<sup>a</sup> La *erosión del poder contractual colectivo de los trabajadores*, visible desde luego en las modificaciones legislativas del sistema de *negociación colectiva*, cuando menos en los siguientes aspectos institucionales básicos:

- La *generalización de la inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo* establecidas en el convenio colectivo de aplicación a la misma (jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando excedan de los límites para la movilidad funcional y mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social), sea este de sector o de empresa, en tanto que dicha posibilidad legal se limitaba hasta ahora exclusivamente al *régimen salarial* previsto en los convenios de ámbito superior a la empresa. La inaplicación habrá de ser decidida «por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores» en la misma, estableciéndose en último término el recurso a un *arbitraje obligatorio* ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (u órgano correspondiente de las comunidades autónomas), al que cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias, en caso de no haberse alcanzado aquel acuerdo tras el obligado y previo período de consultas.

- La configuración legal de la *prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa* (respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior y para una amplia lista de condiciones de trabajo principales) como *regla absoluta*, imperativa (no dispositiva como hasta ahora) e indisponible (los acuerdos marco estructurales no podrán disponer de la prioridad aplicativa). Esta norma consagra, a fin de cuentas, la *degradación de la negociación colectiva sectorial* de condiciones de trabajo y con ella, por tratarse esta de un elemento esencial del conjunto (la negociación colectiva, o es sectorial, como marco mínimo en distintos ámbitos territoriales para acuerdos descentralizados, los de empresa entre ellos, o es decididamente otra cosa), la erosión del propio sistema institucional de negociación colectiva.
- La *limitación temporal* de la ultractividad de los convenios colectivos a un año desde su denuncia, sin que se hubiere acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, salvo pacto en contrario.

3.<sup>a</sup> Y, como consecuencia de todo ello, en fin, el *desplazamiento sensible de la línea de equilibrio* del modelo laboral en vigor hacia el territorio de los intereses empresariales.

Si estas políticas de ajuste desmesurado están aquí para quedarse o si, una vez superados los tiempos de crisis severa que nos agobian, pudiéramos emprender acaso la senda de la recuperación del equilibrio perdido o, por contra, tuviéramos que resignarnos a dejarlo todo como está, a condición de que no empeore, es algo que naturalmente habrá que ver. No creo, sin embargo, que la respuesta se halle en el viento.

La reforma laboral 2012 es, a fin de cuentas, manifiestamente injusta por ideológica y desequilibrada, por haber decantado sus soluciones legislativas en aspectos básicos de la regulación en favor de uno de los intereses en juego, los empresariales, y además –para quienes se contentan con juzgarlo todo en función de los resultados obtenidos– ha resultado hasta el momento decididamente ineficaz para la consecución de su objetivo principal declarado: no solo no ha contribuido a la creación de empleo neto en su primer año de vigencia, como era previsible de modo objetivo por lo demás, sino que la ocupación y el empleo existentes antes de su entrada en vigor han caído de forma considerable y alarmante.

El empleo vendrá tan solo, que nadie lo dude, de la mano de la salubridad y el crecimiento de la actividad económica y, cuando estos lleguen, veremos cómo los reformadores lo achacarán al unísono y con menguado escrúpulo a esta perezosa iniciativa legislativa que tanto ponderaron. Y, si no, al tiempo. Todo lo más, la reforma laboral 2012 del Gobierno del Partido Popular no ha pasado de ser por ahora, al igual que sus artífices calificaron a las que la habían precedido, tan bien intencionada y fallida como ellas.