

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO ANTE LA CRISIS

**Carolina San Martín Mazzucconi y Ana I. Pérez Campos
(Directoras)**

ISBN: 978-84-608-1693-5

Actas del Seminario celebrado en la Universidad Rey Juan Carlos en octubre de 2015, con financiación del Vicerrectorado de Extensión Universitaria y del Instituto Universitario de Derecho Público, en el marco del Proyecto DER2013-42600-P.

SUMARIO

I. EL ESPACIO DEL CONVENIO COLECTIVO ENTRE LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO (<i>Carolina San Martín Mazzucconi</i>)	6
1. Nota previa.....	6
2. Ejes de la negociación colectiva en el nuevo modelo	6
3. En general, la pérdida de espacios de la negociación colectiva.....	15
4. Conclusión.....	16
II. CONTRATACIÓN: NUEVAS MODALIDADES Y CAMBIOS DE RÉGIMEN JURÍDICO (<i>Ana I. Pérez Campos</i>)	18
1. Introducción	18
1.1. Objetivos de la reforma laboral en materia de contratación	18
1.2. Técnica legislativa. dispersión, ajustes y reajustes.....	20
2. Los instrumentos introducidos.....	21
2.1. Contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores	21
2.2. Contrato de trabajo a distancia.....	26
2.3. Contrato a tiempo parcial	28
2.4. Otros cambios en materia de contratación: trabajadores jóvenes	31
3. Aplicación y efectos de la reforma	36
3.1. Contrato de apoyo a emprendedores: ¿un fracaso?	37
3.2. La eficacia de la simplificación de los modelos contractuales.....	38
3.3. Contrato de trabajo a distancia: ¿avanzando hacia el futuro?	39
3.4. Contratación a tiempo parcial: la eficiencia de la jornada inestable.....	40
4. Conclusiones.....	42
III. EL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES: FORTALEZAS Y DEBILIDADES JURÍDICAS (<i>Camino Ortiz de Solórzano Aurusa</i>)	44
1. Introducción. El régimen jurídico del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores.....	44
2. El período de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: aspectos conflictivos desde el punto de vista de la legalidad ordinaria	46
3. Análisis del periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores desde una perspectiva constitucional	50
3.1. Derecho al trabajo (artículo 35. 1 CE).....	50
3.2. Derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 CE).....	54
3.3. Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)	55
3.4. Derecho a la igualdad (artículo 14.1 CE)	56
IV. DECALÓGO PARA APROXIMARSE AL FENÓMENO DE LA CONTRACCIÓN TEMPORAL EN UN CONTEXTO DE CRISIS (<i>Pablo Benlloch Sanz</i>)	58
1. Nota previa.....	58
2. Coordenadas de nuestra contratación temporal.....	58
V. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL COMO POLÍTICA DE FOMENTO DE EMPLEO (<i>Nuria García Piñeiro</i>)	62
1. La flexibilidad y seguridad en el trabajo a tiempo parcial.....	63

2. El régimen jurídico laboral del trabajo a tiempo parcial	65
2.1. El concepto de trabajo a tiempo parcial.....	66
2.2. Las reglas jurídicas aplicables al trabajo a tiempo parcial	67
2.3. La ampliación de la jornada del trabajo a tiempo parcial	69
3. El fomento del trabajo a tiempo parcial flexible, estable y de calidad.....	71
VI. LA FLEXIBILIDAD INTERNA COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN EMPRESARIAL: RAZONES DE SU ACTUAL FRACASO (<i>Pilar Charro Baena</i>)	74
1. Contextualización.....	74
2. Decálogo para un fracaso de la flexibilidad interna.....	75
3. Ideas conclusivas	76
VII. EL DESPIDO COMO ÚLTIMA RATIO DOTADA DE FLEXIBILIDAD. LA INCIDENCIA DE LA REFORMA LABORAL DE 2012 EN EL RÉGIMEN DEL DESPIDO (<i>Lourdes Meléndez Morillo-Velarde</i>)	78
1. Introducción	78
2. Las medidas de flexibilidad interna en la reforma	79
3. La reforma del despido colectivo: alcance y objetivos.....	80
3.1. Objeto y alcance de la reforma.....	81
3.2. Las causas en el despido colectivo	82
3.3. La identificación de las causas	82
3.4. Las causas del despido y la conexión de causalidad.....	86
4. El papel de los Tribunales en el control del despido colectivo.....	89
VIII. RESPUESTAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA POLÍTICA LABORAL DE LA LEGISLATURA (<i>Raquel Aguilera Izquierdo</i>)	98
1. La Reforma Laboral de 2012.....	98
1.1. Período de prueba	100
1.2. Modificación de condiciones de trabajo.....	102
1.3. El descuelgue	104
1.4. Prioridad aplicativa del convenio de empresa	108
1.5. Causas del despido colectivo	109
1.6. Salarios de tramitación.....	111
2. Reducciones retributivas en el sector público	111
2.1. Principio de igualdad y derecho a la negociación colectiva	111
2.2. Problemas de retroactividad	112
IX. NOTAS SOBRE POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO Y CONTRATACIÓN LABORAL EN ALEMANIA (<i>Rosario Cristóbal Roncero</i>).....	116
1. Políticas activas de empleo.....	116
2. Una aproximación a la contratación laboral en Alemania.....	117
3. Contratación temporal	118
4. Contrato a tiempo parcial.....	122
5. Conclusiones.....	123
X. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN PORTUGAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN (<i>Maria Regina Redinha</i>).....	125
1. O Código do Trabalho de 2009.....	125
2. Institutos de resposta à crise	126

2.1. Contrato de muito curta duração.....	127
2.2. Renovação extraordinária do contrato a termo certo	127
3. Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas	128

I. EL ESPACIO DEL CONVENIO COLECTIVO ENTRE LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Carolina San Martín Mazzucconi

*Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Acreditada para el cuerpo docente de Catedráticos de Universidad)*

Universidad Rey Juan Carlos

1. Nota previa

Uno de los ejes de la reforma laboral de 2012 ha sido la reconfiguración legal de ciertos aspectos esenciales del sistema de negociación colectiva y del que es su principal producto: el convenio colectivo.

Los cambios han sido de tal intensidad que puede hablarse de la reinención del modelo en el marco de una verdadera “reforma de la negociación colectiva”, hasta el punto de que, ante un próximo cambio de legislatura, no faltan partidos políticos que proponen su derogación en bloque, volviendo al modelo precedente.

Lo cierto es que el diseño actual, más allá de las justificaciones que puedan esgrimirse respecto de los cambios operados, ha planteado dudas sobre su ajuste al contenido esencial del derecho reconocido en el art. 37 CE, al tiempo que redimensiona el papel que el convenio colectivo desempeña entre las fuentes del Derecho del Trabajo y de las relaciones laborales.

De todo ello se da cuenta a continuación.

2. Ejes de la negociación colectiva en el nuevo modelo

El art. 37.1 CE encomienda a la Ley garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. Dejando ahora de lado el debate sobre si esta mención constitucional es la que otorga eficacia normativa al convenio colectivo o la misma deriva, en su caso, de la Ley que lo regula, lo cierto es que el Estatuto de los Trabajadores dedica su Título III a dar cumplimiento a semejante encomienda, y en su art. 3 consagra al convenio colectivo como una de las fuentes de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral.

Tal como expresa el art. 81 ET, los convenios colectivos son el resultado de la negociación colectiva desarrollada por representantes de trabajadores y empresarios, y constituyen, según el prof. Montoya Melgar, una “especialísima norma de origen convencional [que] ha surgido y se mantiene con indeclinable vigor en atención a muchas y poderosas razones”: porque persigue el equilibrio *inter partes* de un modo más efectivo que los contratos individuales de trabajo; porque se adapta más fácilmente que las normas estatales a las necesidades a las que trata de dar solución; porque posee una función pacificadora y de estabilización de las condiciones laborales; porque posee las garantías de aceptación propias de una norma pactada; porque es un instrumento de

la política de rentas y de la planificación económica; y porque sirve para tipificar y homogeneizar los costes salariales y los precios¹.

Este marco no obsta a que el régimen jurídico de la negociación colectiva y de su producto convencional deba ir adaptándose al signo de los tiempos, pues, como todos los institutos jurídicos, actúa sobre una realidad cambiante que puede exigir, en algunos momentos, una actualización de sus postulados, so pena de ver mermada su eficacia. Frente a esta realidad, lo cierto es que el sistema de negociación colectiva había venido tolerando un cierto inmovilismo, dando como resultado un panorama convencional en muchos casos incapaz de acomodarse a los cambios productivos y a las modificaciones en la organización del trabajo².

Evidentemente, un contexto de bonanza económica está en mejores condiciones para acoger una negociación colectiva con crecimiento continuo de las mejoras laborales, o bien paralizada en regulaciones vetustas por la imposibilidad de alcanzar acuerdos modernizadores. Son las crisis económicas las que disparan las alarmas y hacen volver los ojos a la regulación del sistema convencional (igual que, en general, a todas las instituciones esenciales del Derecho del Trabajo), proponiéndose cambios que, en varias ocasiones, han terminado fructificando en reformas, de mayor o menor calado, en el régimen jurídico de la negociación colectiva, siempre para dotarlo de mayores dosis de flexibilidad.

Hasta aquí, pues, no habría nada nuevo que contar, pues la crisis económica actual no habría sido novedosa por propiciar, ella también, un nuevo retoque del sistema de negociación colectiva. La novedad radica en el signo del cambio, que en absoluto puede calificarse de mero retoque, ni por su intensidad ni, sobre todo, por su lógica. Así, mientras a mediados de los años 90 se apostó, con carácter general, por un retroceso de la ley a favor de la negociación colectiva³, y en 2011 se remodeló el sistema para conferir a los convenios un papel protagonista en la flexibilización de las relaciones laborales, en cambio la reforma 2012-2013 (iniciada por el Real Decreto-Ley 3/12, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, levemente modificada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, corregida por Real Decreto-Ley agosto 2013 y revisada por el Real Decreto-Ley 16/2013), transmite la profunda desconfianza del legislador hacia los negociadores⁴, considerándolos incapaces de asumir por sí mismos ese papel flexibilizador, de modo que opta por debilitar a la negociación colectiva como fuente de ordenación y protagonizar él mismo los cambios que pretende. En definitiva, nos encontramos inmersos en un proceso de reducción de la fuerza

¹ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 36ª ed., Tecnos, 2015, págs. 152 y sig.

² FALGUERA BARÓ, M.: “La reforma de la negociación colectiva ¿para qué?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 53, 2011, p. 245.

³ MONTOYA MELGAR, A.: *Tendencias actuales del Derecho del Trabajo*, Lección magistral pronunciada en la Universidad CEU San Pablo, Facultad de Derecho, el 28 de enero de 2014, pág. 16 de la separata.

⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva (1)”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013: “lo que se percibe es ciertas desconfianzas por parte del poder público hacia la labor que puedan realizar los negociadores a través de los pactos incorporados en los convenios colectivos; es decir, una actitud por parte del legislador estatal de anticiparse a posibles respuestas reactivas de parte de la negociación colectiva, dirigidas a evitar que el programa reformador de la norma quede impedido por la negociación colectiva.”

normativa del convenio colectivo y, con ello, de declive del modelo de convenio cuasi-legal que nos venía acompañando.⁵

En concreto, el binomio Real Decreto-Ley 3/2012 - Ley 3/2012 introdujo una serie de modificaciones en materia de negociación colectiva, con un objetivo muy claro y explícito: lograr la adaptabilidad del convenio colectivo a las circunstancias de la empresa, mediante la introducción de mayores dosis de flexibilidad a favor de esta última⁶.

Tal horizonte no constituía una novedad del legislador de 2012, pues el de 2011 ya había perseguido una finalidad similar. En efecto, el Real Decreto-Ley 7/2011, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, se propuso favorecer “una negociación colectiva más cercana a la empresa” y procurarle “mayores niveles de dinamismo y agilidad (...) 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”.

La diferencia entre la norma de 2011 y las de 2012 es que la primera mantuvo como premisa el pleno respeto de la autonomía colectiva, de modo que, en muchos casos, esta tenía la última palabra sobre la verdadera eficacia de las modificaciones que se pretendían implementar. Por el contrario, la reforma de 2012 buscó conjurar posibles bloqueos que neutralizaran los cambios legales y dio pasos mucho más allá, colocándose por delante de la autonomía colectiva.

En concreto, el Real Decreto-Ley 3/2012 y la Ley 3/2012 propusieron tres herramientas fundamentales para, entre todas ellas adecuadamente combinadas, propiciar esa mayor adaptabilidad convencional, traducida en un claro debilitamiento de este instrumento⁷:

a) La prioridad aplicativa del convenio de empresa en ciertas materias, en caso de concurrencia de convenios, que se alza como norma de derecho necesario indisponible (art. 84.2 ET).

Ya el Real Decreto-Ley 7/2011 había introducido importantes cambios para favorecer la

⁵ MONTOYA MELGAR, A.: *Tendencias actuales del Derecho del Trabajo*, Lección magistral pronunciada en la Universidad CEU San Pablo, Facultad de Derecho, el 28 de enero de 2014, pág. 16 de la separata.

Prueba del segundo plano al que el legislador relega a la negociación colectiva es que el Real Decreto-Ley 3/2012 se aprobó haciendo caso omiso del importante II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2012-2014) suscrito unos días antes.

⁶ La lógica del legislador 2012-2013 no se esconde. Según la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, las modificaciones operadas en esta materia “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”. La anterior reforma laboral pretendía lo mismo, “pero, a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis económica, no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno”; por ello, se incorporan modificaciones “en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial”. Además, al igual que en 2011 se pretende conseguir la descentralización convencional “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”, pero en esta ocasión se razona que no es posible si la estructura negociadora se deja en manos de los convenios sectoriales. Finalmente, se introducen cambios para “evitar una «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio”.

⁷ En la idea de que ninguna de estas herramientas es determinante por sí misma para evitar la petrificación convencional, cabe citar la SAN de 27 de noviembre de 2013 (JUR 2013\367497) que rechaza la insistente argumentación de la empresa según la cual el permitir la ultraactividad de un convenio lo petrifica. La Sala le recuerda que existen vías para modificar su contenido, aunque continúe vigente.

descentralización convencional a favor del convenio de empresa, si bien dejando a los convenios estatales o autonómicos la posibilidad de impedir la prioridad aplicativa del convenio de ámbito empresarial.

Ahora se mantiene la excepción al principio, plasmado en el art. 83.2 ET, según el cual es a los negociadores de acuerdos interprofesionales y de convenios sectoriales a quienes corresponde acordar cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, pero, con un cambio de lógica respecto de la reforma de 2011: la prioridad del convenio de empresa en ciertas materias se aplica *ope legis* y de modo indisponible, de modo que lo que “era una regla más del conjunto del entramado de mandatos sobre concurrencia convencional, ahora se transforma en la primera regla y principal a todos los efectos de ordenación de la concurrencia entre convenios colectivos”⁸.

Evidentemente, dando prioridad al convenio de empresa se resta espacio a la negociación colectiva sectorial, en la que, por su propia naturaleza, la posición sindical suele ser mucho más fuerte. Es más, incluso la posición sindical en convenios de sector sufre, porque debe asumir que lo que pacte puede verse erosionado en su cumplimiento si la parte empresarial opta por pactar condiciones a la baja en un posterior convenio de empresa. Al no encontrarse blindado el convenio sectorial, en materias claves como son las relativas a las retributivas, frente a posibles nuevas unidades de ámbito empresarial, la representación sindical adquiere una evidente posición de mayor debilidad negocial en las comisiones de los convenios sectoriales⁹.

Por tanto, parece que la propia calidad de la negociación puede verse afectada, perdiendo real y verdadera eficacia en la medida en que no consiga ese equilibrio inter partes al que el convenio ha de servir tender.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no considera que este extremo constituya una vulneración del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva, contemplados respectivamente en los arts. 28 y 37 CE. En su Sentencia 119/2014, de 16 de julio, desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con la citada Ley 3/2012, argumentando que la negociación colectiva es materia de legalidad ordinaria, de modo que corresponde al legislador ordenar los resultados de la misma y determinar las reglas de concurrencia y articulación de convenios.

La sentencia señala que no existe “un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva”, pues la Constitución no impone ni una negociación colectiva “centralizada” (de carácter general o sectorial) ni tampoco una negociación colectiva “descentralizada” (de empresa). Ambos modelos resultan constitucionalmente legítimos, y la opción actual de legislador, que otorga prioridad aplicativa a los convenios de empresa sobre los sectoriales en relación con materias ligadas a la retribución, tiempo de trabajo y vacaciones, sistema de clasificación profesional, modalidades de contratación o conciliación, resulta justificada pues se orienta a “la defensa de la productividad y la viabilidad de la empresa y, en última instancia, del empleo; objetivos ambos que entroncan directamente con derechos y principios constitucionales como el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE) y el fomento del empleo (art. 40 CE)”. Por tanto, la ley recurrida “responde a una finalidad constitucionalmente legítima”.

⁸ CRUZ VILLALÓN, J: “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva (1)”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013.

⁹ CRUZ VILLALÓN, J: “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva (1)”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013.

Posteriormente, en la Sentencia 8/2015, de 22 de enero, el Tribunal Constitucional reitera su posición, al desestimar el recurso de inconstitucionalidad promovido por ciento cuatro Diputados del Grupo Parlamentario Socialista y once del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural [Izquierda Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA) y Chunta Aragonesista (CHA)] del Congreso de los Diputados.

b) El procedimiento para la inaplicación de los convenios colectivos, tradicionalmente conocido como “descuelgue”, que incorpora un sistema de arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (art. 82.3 ET).

Aquí el debilitamiento convencional se produce al potenciarse al máximo la posibilidad de que un mero acuerdo de empresa pueda dejar sin efecto lo pactado en la negociación colectiva de ámbito superior. Esta vía, abierta desde 1994 a través de la figura de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET), exigía en todo caso acuerdo entre los representantes de los trabajadores y empresario, y sólo cabía respecto de ciertas materias específicas, estando vedada para inaplicar cualquier otra condición distinta. Mediante la Ley 35/2010, se levantó la restricción material para la modificación de condiciones contenidas en convenios de empresa, pero se mantuvo, en todo caso, la exigencia de alcanzar un acuerdo entre representantes de los trabajadores y empresario. Paralelamente, el art. 82.3 ET, que regulaba el descuelgue salarial, “tenía como regla central el estricto respeto al principio de autonomía colectiva, en términos tales que la inaplicación del convenio colectivo sólo podía llevarse a cabo si la misma recibía la aceptación mutua de ambas partes, representantes de los trabajadores y de los empresarios; fuese ese consenso logrado de forma directa a través del pacto en el ámbito de la empresa o en el seno de la comisión paritaria del convenio, o bien indirecta por vía del acuerdo adoptado en el seno de los procedimientos autónomos de mediación y arbitraje”¹⁰.

La reforma de 2012 da un giro importante en esta materia, restringiendo – probablemente de modo inconsciente- el catálogo de materias en las que cabe el descuelgue¹¹, pero, por otro lado, permitiendo que, en caso de falta de soluciones acordadas, cualquiera de las partes –aún contra la voluntad de la otra- pueda requerir la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos –u órgano autonómico competente-. En suma, en palabras del prof. Cruz Villalón¹², un arbitraje obligatorio público iniciado a instancias de la empresa.

Señala este profesor “la significación de carácter cualitativo del cambio introducido, que a nadie se le ha escapado, por lo que supone de la eliminación de la capacidad de veto sindical a la implementación del descuelgue convencional, con lo que ello supone de debilitación de la regla relativa a la fuerza vinculante del convenio colectivo. No es meramente anecdótico al efecto que el mecanismo de descuelgue se introduzca legalmente precisamente dentro del mismo apartado donde la ley incorpora la regla de

¹⁰ CRUZ VILLALÓN, J: “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva (1)”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013.

¹¹ Aunque la lista de materias modificables del art. 41 ET es abierta y ejemplificativa, al importarla al art. 82.3 ET, aunque se añadan las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, pierde tal carácter y se convierte en un elenco taxativo y cerrado de condiciones descolgables.

¹² “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva (1)”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013.

la eficacia vinculante del convenio y por medio de una literal excepción a dicha regla; el arranque de su regulación con un "sin perjuicio de lo anterior", resulta claramente elocuente hoy en día al respecto.”

Uno de los aspectos más conflictivos de esta nueva regulación la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos a modo de árbitro impuesto por una parte a la otra, pues podría estar chocando con la fuerza vinculante de los convenios colectivos reconocida en el art. 37 CE y con la libertad sindical del art. 28 CE.

Pero el Tribunal Constitucional no lo ha entendido así. En las sentencias ya reseñadas declara constitucionales las previsiones del artículo 82.3 del ET, sobre la base de que el art. 37.1 CE permite que el legislador ordinario establezca limitaciones a la fuerza vinculante del convenio colectivo, de modo que el arbitraje obligatorio no la vulnera sino que constituye una excepción a la misma. Medida excepcional que, por otra parte, resulta proporcionada, razonable, y justificada, ateniendo a las siguientes consideraciones:

1º) El contexto de crisis económica aconseja desbloquear la posibilidad de adaptar las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas de la empresa, para evitar que su mantenimiento pueda suponer pérdida de empleo.

2º) El arbitraje no se configura como una posibilidad libre sino causal; opera sobre materias tasadas; está limitado temporalmente (su duración no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa afectada); la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos –u órgano autonómico competente- actúa de modo subsidiario (sólo cuando no han dado resultado los intentos de acuerdo en el período de consultas, en la comisión paritaria del convenio o en la solución extrajudicial pactada), y ha de ponderar la adecuación de la medida pudiendo matizarla.

3º) La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos –u órgano autonómico competente- tiene composición tripartita, con presencia de representantes sindicales.

4º) La decisión arbitral es fiscalizable judicialmente.

El Tribunal señala que la finalidad de la intervención de la citada Comisión no es otra que posibilitar “la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias adversas que concurren en una empresa, sobrevenidas después de la aprobación del convenio” ante el riesgo de que el mantenimiento de esas condiciones “pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y, con ello, el empleo”. Es decir, “facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo” en un contexto de crisis económica “muy grave”.

Nuevamente, pues, aparece la crisis como elemento justificativo de los recortes laborales que inciden en derechos constitucionales.

Respecto de los resultados prácticos de este cambio normativo, informa el Ministerio de Empleo y Seguridad Social¹³ que en 2012 (de marzo a diciembre) se produjeron 748 inaplicaciones convencionales, que afectaron a 29.352 trabajadores. En 2013, el número de inaplicaciones ascendió a 2512, afectando a 159.550 empleados. En 2014 las inaplicaciones se redujeron a 2073 (66.203 trabajadores afectados).

¹³ <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/cct/CCT15AgoAv/Resumen%20resultados%20CCT%20agosto-15.pdf>

Por lo que respecta a 2015, entre enero y agosto llevamos 1.060 inaplicaciones y 28.942 trabajadores afectados, concentrándose especialmente en el sector servicios.

Hay dos datos adicionales que merecen ser destacados especialmente: El primero es que el 96,9% de los descuelgues lo han sido respecto de convenios de ámbito superior a la empresa, a pesar de que la regulación actual permite también que una organización empresarial inaplique su propio convenio. Esto significa que la figura parece estar cumpliendo su papel como herramienta de ajuste a las necesidades del concreto empleador.

El segundo dato a reseñar es que el 91,4% de las inaplicaciones se han resuelto con acuerdo en el período de consultas, lo que resulta ciertamente paradójico, teniendo en cuenta que la reforma de la figura se justificó en que, cuando era imprescindible dicho acuerdo para poder descolgarse, difícilmente se conseguía. Sería útil contar con datos evolutivos, para determinar hasta qué punto esa mayoría de acuerdos se ha dado desde el principio o bien, como parece más probable, ha ido incrementándose a medida que la crisis iba haciendo mella en el tejido productivo y en la capacidad de resistencia y oposición de los representantes de los trabajadores.

c) La limitación de la ultraactividad convencional, con la que “se pretende evitar una petrificación de las condiciones pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador”. (art. 86 ET)

Se insta un límite temporal a la ultraactividad que opera por defecto para los convenios vencidos y denunciados. Los términos de la redacción no son precisos, y contamos ya con un número significativo de sentencias que intentan clarificar el estado de la cuestión tras la reforma legal de 2012, todas ellas inevitablemente polémicas en buena medida porque el cambio normativo así lo propicia, como se ha venido demostrando por el intenso debate protagonizado por la doctrina científica laboralista.

Veamos, pues, el régimen legal aplicable, para entender seguidamente cómo está siendo interpretado por los órganos judiciales.

De la lectura del art. 86 ET (vigencia) y de la DT 4ª Ley 3/2012 (vigencia de los convenios denunciados), pueden extraerse las siguientes pautas básicas:

- La competencia para fijar la duración del convenio corresponde a las partes negociadoras (art. 86.1 ET).
- Una vez denunciado el convenio y concluida la duración pactada, su vigencia se extiende en los términos que se hayan establecido en el propio convenio (art. 86.3 ET).
- En defecto de pacto, durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo se mantiene su vigencia, salvo las cláusulas de renuncia a la huelga, que decaen (art. 86.3 ET).
- Transcurrido un año¹⁴ desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél pierde, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplica, si lo hay, el convenio colectivo de ámbito superior que sea de aplicación (art. 86.3 ET)

¹⁴ El Real Decreto-Ley 3/2012 establecía el límite en dos años, pero fue reducido al año durante la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2012.

- En los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a 8 de julio de 2012, el plazo de un año empezará a computarse a partir de dicha fecha (DT 4^a)¹⁵.

La aplicación de este panorama normativo genera múltiples dudas, a las que hay que sumar los problemas de transitoriedad propios de una reforma implantada en febrero y alterada en julio. Una de las dudas más relevantes es, en caso de entenderse que opera la ultraactividad limitada a un año y que ese tiempo transcurra, cómo debe cubrirse el vacío dejado por el convenio definitivamente decaído en su vigencia. La doctrina científica ha puesto sobre la mesa diversas soluciones posibles, que van desde el mantenimiento de las condiciones del convenio decaído como si nada hubiera cambiado, hasta la asunción de que, si no hay convenio de ámbito superior aplicable, sólo operan los mínimos legales y las previsiones contractuales. La tesis de la contractualización del contenido convencional es la más extendida y admite diversas intensidades. También cabe pensar en fórmulas intermedias, que basan el mantenimiento de las condiciones decaídas en las exigencias de la buena fe contractual, o que prestan atención al posible papel de la costumbre como fuente del Derecho del Trabajo, tradicionalmente relegada a una posición secundaria pero que podría ser una respuesta útil en muchos casos.

En cualquier caso, en el escenario que nos queda no es impensable que un contrato pueda devenir nulo por pérdida de sus elementos esenciales, y en todo caso cabría hablar de una posible ruptura del equilibrio del sinalagma contractual.

Probablemente impulsado, en buena medida, por la voluntad de evitar estas consecuencias que acaban de apuntarse, el Tribunal Supremo ha dictado una polémica sentencia (de 22 de diciembre de 2014¹⁶) en la que sostiene que las condiciones de convenio se incorporan al contrato de trabajo, de modo que aunque el convenio decaiga dichas condiciones siguen siendo de aplicación.

En concreto, postula que, desde el momento inicial de toda relación laboral, las condiciones laborales de un trabajador están reguladas en su contrato de trabajo. “Las normas estatales y convencionales juegan un papel nomofiláctico¹⁷ respecto a las cláusulas contractuales”, de modo que a lo largo de todo el tiempo en que el contrato está vivo se va adaptando a la evolución de las propias normas legales y convencionales, que fijan los mínimos de derecho necesario que las condiciones contractuales deben respetar. Pero, según el Tribunal, “ello no nos debe de llevar al equívoco de suponer que las obligaciones de las partes se regulan por la ley o por el convenio colectivo normativo. No es así: se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1 del ET” (es decir que si alguna cláusula contractual no respetara los mínimos de derecho necesario establecidos en leyes y convenio aplicable, sería nula y pasaría a aplicarse ese mínimo legal o convencional ignorado).

Según esta tesis, los “derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento

¹⁵ El 8 de julio de 2012 entró en vigor la Ley 3/2012. No obstante, el previo Real Decreto-Ley 3/2012 tomaba como referencia –para una ultraactividad de dos años– su propia entrada en vigor, que tuvo lugar el 12 de febrero de 2012.

¹⁶ RJ 2014, 6638.

¹⁷ La Real Academia Española atribuye al adjetivo “nomofiláctico” un significado que no ayuda a entender el razonamiento del Tribunal Supremo: “Se dice especialmente de la función o cometido de ciertos tribunales que, al tener atribuida la competencia de definir el derecho objetivo, atienden en sus sentencias más a esta finalidad que a la cuestión concreta que enfrenta a las partes del proceso”.

en que dicho convenio pierde su vigencia”, pero no porque las normas del convenio pasen a contractualizarse cuando se produce la extinción del pacto normativo, sino porque “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”. Esa naturaleza contractual es la que determina que, desaparecido el convenio, la modificación o supresión de sus condiciones deba tramitarse, en su caso, a través de la vía del art. 41 ET.

En definitiva, atendiendo a la tesis de esta sentencia, las condiciones de trabajo poseerían naturaleza contractual desde el inicio de la relación laboral, relegando a las leyes y convenios a un papel de “sostén normativo” de mínimos al que el contrato ha de ir adaptándose¹⁸.

Sin expresarlo con esta contundencia, lo que se propugna es el mantenimiento de los derechos adquiridos en virtud de una norma que ha perdido vigencia, a través de su integración en el patrimonio contractual del trabajador. O sea: nos devuelve a la figura ya superada de la condición más beneficiosa de origen normativo¹⁹. Volveríamos, pues, a la irreversibilidad *in peius* de las normas (y no sólo de las convencionales), pues, más allá de que, formalmente, la norma posterior pueda seguir derogando íntegramente a la anterior (arts. 2.2 CC, 82.4 ET y 86.4 ET), en el escenario planteado por el Tribunal Supremo ello tendría efectos prácticos muy limitados, pues las condiciones seguirían existiendo y aplicándose -bien que sólo en su dimensión contractual, lo que permitiría su modificación a la baja-.

En definitiva, esta sentencia del Tribunal Supremo, en su encomiable afán por defender el equilibrio del sinalagma contractual y todo lo que ello conlleva de cara a la validez de los contratos de trabajo, ha optado por abrir un camino que podríamos calificar de verdaderamente revolucionario –y jurídicamente discutible- en relación con las fuentes del Derecho del Trabajo y su aplicación.

Y todo este debate científico y judicial se debe al expresivo silencio que el legislador sigue guardando al respecto, a pesar de resultar evidente que el cambio normativo ha causado un revuelo jurídico que a nadie beneficia. Silencio que parece apuntar, una vez más, a esa lógica reduccionista del convenio colectivo entre las fuentes del Derecho del Trabajo, contemplándolo como una herramienta a neutralizar en la medida de lo posible en favor de la flexibilidad laboral, sin tomar consciencia del importante papel que cumple en la gestión de la fuerza laboral en la empresa. La consecuencia directa de esta lógica puede ser, en muchos casos, empresas sin convenio en las que no sólo decaen las mejoras respecto de los mínimos legales, sino que carecen de un sistema de clasificación profesional, y de un catálogo de infracciones laborales sancionables, por ejemplo. Es natural que ante ese vacío la doctrina científica y judicial se afane en buscar soluciones, frente a un legislador que permanece expectante.

¹⁸ De algún modo, asistimos a una renovada apuesta por “la reevaluación formal del contrato de trabajo como mecanismo de regulación de la relación de trabajo”, que identificara BLASCO PELLICER, A., como tendencia a partir de los años ochenta, pero en este caso no ya para limitarse a “reclamar un mayor protagonismo o libertad para la voluntad contractual en la regulación de esta o aquella concreta cuestión” sino para “modificar y transformar el sistema de fuentes del concreto ordenamiento jurídico laboral” y “trastocar las difíciles y complicadas relaciones entre las mismas” (“La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral”, *Aranzadi Social* núm. 17, 2004, www.westlaw.es BIB 2004/1844, págs. 1 y 2).

¹⁹ Al respecto, analizando también la incidencia de la citada Sentencia del Tribunal Supremo, puede verse SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La condición más beneficiosa y su fuente generadora”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 174, 2015.

3. En general, la pérdida de espacios de la negociación colectiva

Más allá de las grandes medidas que se acaban de reseñar, además el legislador ha retocado puntualmente ciertas figuras en las que el convenio colectivo desempeñaba un importante papel, para reducir su alcance.

* Así, por ejemplo, en materia de distribución irregular de la jornada (art. 34.2 ET), que sigue estando condicionada a su fijación en convenio o acuerdo colectivo, pero ahora, en su defecto, un 10% queda a disposición del empresario. Esto significa que, en la práctica, la distribución irregular de la jornada se sustraerá muchas veces del ámbito de la negociación colectiva, pues poco aliciente tiene la empresa o la asociación empresarial para pactar si la ley viene en su ayuda en defecto de acuerdo.

* También encontramos casos en los que se llama a la negociación colectiva, pero para que se adapte a una regulación que el legislador ofrece ya perfectamente precisada. Por ejemplo, esto ocurre con la sustitución del modelo de clasificación profesional en base a categorías por el más amplio de grupos profesionales, al que los convenios debían ajustarse, restándoles así posibilidad de estructurar el sistema con mayor libertad.

* Cabe citar casos en los que el legislador prohíbe a la negociación colectiva alterar el régimen legal. “De este modo, no se desea que la negociación colectiva tenga ningún impacto, por cuanto que se desea que éste provenga de la norma estatal y en particular que el convenio colectivo no pueda minorar ni impedir ese impacto legal. Basta con mencionar varios ejemplos al respecto: la prohibición de que los convenios colectivos establezcan reglas relativas a la jubilación obligatoria como instrumento de política de empleo, con vistas a que los convenios colectivos no puedan reducir el efecto deseado de prolongación de la edad de jubilación; el establecimiento del período de prueba de un año para los contratos dirigidos a las pequeñas empresas, sin permitir que los convenios colectivos puedan alterar la duración de este período de prueba, siendo por contraste esa posibilidad amplísima para el régimen general del período de prueba para el resto de los contratos.”²⁰

* El Real Decreto Ley 16/2013, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, revisa intensamente el espacio otorgado a la negociación colectiva en la regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial (art. 12 ET), básicamente para reducirlo o limitarlo.

Resulta paradigmático en este sentido que, mientras el régimen de las horas complementarias era cuestión común y compartida del legislador y del convenio colectivo, ahora sólo lo es, en principio, del legislador, salvo en aquellos aspectos para los que sea específicamente llamado el convenio. Evidentemente, esto no significa que la negociación colectiva tenga vedada la entrada a la regulación de la materia, pero ya no dispone de la libertad que antes tenía, debiendo estar a las reglas generales que rigen su relación con la Ley.

Además, en algunos casos el legislador limita notablemente la actuación de los convenios, admitiendo que introduzcan mayores márgenes de flexibilidad a favor de la empresa pero no mayores dosis de protección para los trabajadores: pueden aumentar el

²⁰ CRUZ VILLALÓN, J: “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva (1)”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013.

porcentaje máximo de horas complementarias realizables, pero no rebajarlo, y pueden reducir el plazo de preaviso, pero no incrementarlo.

Finalmente, en la línea avanzada con carácter general en la Ley 3/2012, los convenios sectoriales pierden protagonismo también en este contrato, descartándose su carácter prioritario frente a convenios de ámbito inferior: se suprime la exigencia de que sea sectorial el convenio que disponga que los trabajadores con jornada partida tengan derecho a más de una interrupción diaria, que fije procedimientos para el cambio de jornada completa a parcial o viceversa, o para el incremento del tiempo de trabajo, y que altere el porcentaje máximo de horas complementarias.

Ahora bien, aunque la supresión de la mención al ámbito del convenio supone la liberalización de este extremo, dando a entrada a cualquier convenio, deberá combinarse con lo dispuesto en el art. 84.2 ET, que otorga prioridad aplicativa absoluta al convenio de empresa en materia de distribución del tiempo de trabajo.

Como ligera contrapartida a esta tendencia restrictiva, el legislador concede expresamente algo que ya operaba: que la distribución del número de horas ordinarias de trabajo se fije en el contrato conforme a lo previsto en convenio colectivo.

4. Conclusión

De las ideas expuestas se deduce sin dificultad que, con carácter general, el convenio colectivo ya no ostenta el protagonismo del que antes hacía gala entre las fuentes del Derecho del Trabajo y de la relación laboral, y de modo particular el convenio sectorial ve notablemente reducido su espacio de funcionamiento, del mismo modo en que sucede con el poder de los sindicatos y las asociaciones empresariales.

Sin duda, hacía falta revisar el sistema de negociación colectiva para evitar los vicios que lo aquejan, y nadie dice que fuera sencillo, pero parece que se hubiera afrontado el problema con un doble prejuicio: que la negociación colectiva y su producto convencional no es una herramienta valiosa y deseable en el diseño de relaciones laborales que se pretende; y que la manera más eficaz de evitar las perversiones del sistema de negociación colectiva es atacar al sistema mismo. Cuanto menor sea su dimensión, menos se notarán sus vicios, evidentemente.

Se trata de una opción legislativa jurídicamente polémica, pues pone en cuestión los límites a los que puede llegar el legislador en esta línea de tendencia sin chocar con el art. 37 ET y el Derecho supranacional. A lo primero ya nos ha contestado el Tribunal Constitucional, avalando los cambios, mientras que respecto de lo segundo existe un Informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT que tacha a la reforma laboral de 2012 de vulneradora de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva reconocidos y garantizados por los Convenios núms. 87, 98 y 154 de la OIT ratificados por España.

Con independencia de lo anterior, tampoco resulta fácil ponderar la eficacia de estas medidas, pues “no es fácil poder saber cuándo los cambios que se están produciendo en los últimos tiempos derivan de la situación económica y social, o bien son provocados por los cambios del régimen legal, cuándo tales cambios pueden tener un carácter coyuntural que retornarán a la situación precedente en el corto o medio plazo, o si por el contrario, se trata de transformaciones de carácter estructural, bien sean debidas a

cambios del modelo legal o bien a modificaciones de conjunto y no estrictamente provenientes en exclusiva del sistema de relaciones laborales.”²¹.

En cualquier caso, el prof. Cruz Villalón²² destaca aspectos evidentes: la continuidad en la destrucción de empleo, la presión a la baja de los salarios de la población ocupada, la reducción del número de trabajadores afectados por convenios colectivos vigentes, el incremento de los procesos de descuelgue, el incremento del número de convenios de empresa (aunque no es significativo pues los convenios de empresa, en términos de número de trabajadores afectados, suponen aproximadamente el 10% del total de la negociación colectiva).

En fin, el Derecho del Trabajo al que todo esto nos aboca es uno en el que la negociación colectiva pierde espacio como fuente reguladora de derechos y deberes de las partes, lo que necesariamente provoca la rebaja de condiciones laborales y la revitalización de la autonomía individual. Ese es el diseño estructural del Derecho del Trabajo que nos queda, más allá de la coyunturalidad de la crisis.

²¹ CRUZ VILLALÓN, J: “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva (1)”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013.

²² “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva (1)”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013.

II. CONTRATACIÓN: NUEVAS MODALIDADES Y CAMBIOS DE RÉGIMEN JURÍDICO

Ana I. Pérez Campos

Prof. Titular de Derecho del Trabajo

Universidad Rey Juan Carlos

1. Introducción

Las últimas reformas en España en materia de contratación han estado presididas por la finalidad declarada de fomentar el empleo y, al mismo tiempo, reducir la dualidad y/o segmentación del mercado de trabajo, ante la alta tasa de temporalidad existente en nuestro país. La reforma laboral de 2012, al igual que sus precedentes, ha tenido como objetivo prioritario, el de intentar cambiar la tendencia empresarial hacia la temporalidad, mediante reglas que dejan prácticamente intactas las estructuras del modelo temporal. En este propósito coincide claramente con sus antecesoras, las reformas laborales de 1984, 1994, 1997, 2001, 2006, 2010 y 2011 que caminaban, aunque con ciertos matices, también en la misma dirección.

Sin embargo, la que podría denominarse reforma laboral de la crisis económica, no ha supuesto un cambio sustancial de la contratación laboral temporal, por el contrario, se ha limitado a incidir sobre algunos contratos con el propósito de que contribuyesen a crear empleo y, como veremos a continuación, sin lograrlo.

La dualidad laboral entre trabajadores fijos y temporales, con una alta tasa de temporalidad, es una característica esencial del mercado de trabajo español, desde que se apostó por esta vía de contratación para crear empleo. La persistente segmentación laboral muestra la escasa contratación laboral indefinida, a pesar de los múltiples esfuerzos realizados por las reformas laborales para incentivar estos contratos de trabajo²³.

1.1. Objetivos de la reforma laboral en materia de contratación

La crisis económica ha puesto de manifiesto que una parte importante de los obstáculos al crecimiento de la economía española era consecuencia de un comportamiento poco eficiente del mercado de trabajo, que revelaba como problemas más destacados los de excesiva rigidez en la regulación del mercado de trabajo²⁴; segmentación muy acusada

²³ La tasa de temporalidad es persistentemente alta y no parece responde elásticamente a los relevantes cambios legislativos" GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., La contratación laboral temporal: balances y perspectivas". En AA:VV *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Coord. F.J Gómez Abelleira, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

²⁴ España presentaba uno de los niveles más altos del indicador de rigidez de la normativa laboral elaborado por la OCDE (Employment Protection Legislation, EPL) a excepción de Turquía, México y Luxemburgo. Esta posición se debía a la consideración de rigideces que afectaban a la posibilidad de ajustar plantillas tanto mediante despidos individuales como colectivos.

en las condiciones de trabajo entre contratados indefinidos y temporales²⁵ y, especialmente, la existencia de dificultades de empleabilidad de los trabajadores²⁶.

La realidad estadística demuestra, una vez más, que uno de los principales problemas del mercado laboral español continua siendo la dualidad o segmentación de su mercado de trabajo y, en concreto, la elevada tasa de temporalidad en la contratación, siendo la más alta del entorno, con excepción de Polonia y con una diferencia que casi duplica las medias europeas²⁷, hasta el punto que podría afirmarse que “la reforma del mercado laboral” es una de esas asignaturas que parece que suspendamos de manera reiterada, a pesar de presentarnos al examen con frecuencia.

Y es que, si se analiza con más detalle, en épocas de crecimiento, además de seguir manteniendo una elevada tasa de paro, se crea empleo temporal en mayor proporción que en otros países equiparables. Por el contrario, en épocas de crisis, se destruye empleo también en mayor proporción que en otros países, que la sufren de manera similar, dibujando con ello una realidad socio-laboral lastrada de una fuerte dualidad entre un núcleo protegido y una periferia crecientemente precarizada.

Quizá sea el momento propicio de plantearse si durante demasiado tiempo se ha estado excesivamente preocupados por cómo se “entra” en el mercado laboral –contratación- y por cómo se “sale” del mercado laboral –protección frente al despido- y no por cómo se “está” a lo largo de toda la vida activa en el mercado laboral.

En este contexto, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 insistía en que la reforma perseguía un doble objetivo, por una parte, "fomentar la contratación indefinida" (apartado III) y, por otra, "reducir la dualidad laboral" (apartado V). Para su consecución apuesta por un modelo de relaciones laborales que impulsa la flexibilidad y, sobre todo, la capacidad de adaptación al cambio. Un mercado de trabajo más resistente a las cambiantes circunstancias internas y externas a la economía española, que ofrezca protección eficaz a las personas y a su capacidad de mantenerse empleados.

²⁵ La elevada temporalidad permite calificar el mercado laboral español como dual. Esta situación afecta de forma especial a los jóvenes (la entrada en el mercado laboral se produce en casi un 80% de los casos por la vía del trabajo temporal), los extranjeros y las mujeres. La contratación temporal es también más frecuente en aquellos empleos que requieren un menor grado de formación. Los trabajadores temporales enlazan periodos de empleo temporal con periodos de desempleo. Además, la transición hacia el empleo indefinido es muy lenta y, tras diez años de experiencia, casi un 40% de los trabajadores todavía no disfrutan de un contrato indefinido. Esta lenta transición afecta en mayor medida a los trabajadores de menor poder adquisitivo.

La elevada tasa de rotación tiene consecuencias negativas sobre los trabajadores y sobre las empresas, afectando muy negativamente al bienestar y al crecimiento a largo plazo. Los trabajadores temporales cobran menos y tienen más accidentes de trabajo. Suelen alternar trabajos con periodos de desempleo, enfrentándose a un elevado grado de precariedad que afecta negativamente a su productividad y a su bienestar. Además, el empresario no tiene incentivos para invertir en su formación y generan pocas economías de experiencia y de aprendizaje. Estas características afectan negativamente a la productividad y, por ende, a la competitividad de las empresas.

²⁶ La elevada tasa de abandono escolar temprano, especialmente durante la bonanza, ha dado lugar a un alto porcentaje de la fuerza laboral con un bajo nivel de cualificación. Es en ese colectivo donde la destrucción de empleo durante la crisis ha sido especialmente intensa y ha afectado negativamente a su empleabilidad a largo plazo.

²⁷ UGT "Dos años de reforma laboral: evolución del empleo, la contratación, los despidos y la negociación colectiva". Secretaría de acción sindical- coordinación área externa. Gabinete técnico federal. Febrero 2014.

1.2. Técnica legislativa. Dispersión, ajustes y reajustes

En materia de contratación laboral no puede dejar de hacerse referencia al proceso, urgente, amplio y, en exceso heterogéneo a nivel formal, de cambios que la reforma de la normativa laboral están propiciando²⁸. Como ejemplo de la anterior afirmación, baste señalar que tan solo en los tres últimos años, se han producido modificaciones de notable envergadura, cuya mera enumeración ya resulta de por sí ilustrativa del nivel de cambios operados por el legislador. Sólo hay que repasar el número de normas legales reformadoras del ordenamiento laboral aprobadas en el período 2012-2015 y su contenido (DL 3/2012, 20/2012, 29/2012, 1/2013, 4/2013, 5/2013, 11/2013, y 16/2013; y L 3/2012, 13/2012, 17/2012, 11/2013, 14/2013, 16/2013, 22/2013, 1/2014, 18/2014, 1/2015...) para comprobar la sucesión incesante de reformas inacabables en las que el propósito y el plan reformador no está trazado de manera segura. Se ha hablado tanto de diferentes generaciones de reformas laborales desde 2012 hasta fases flexibilizadoras de una misma reforma²⁹.

Con independencia de la terminología o calificativo dado a los últimos cambios normativos, la realidad es que el legislador continúa con el esfuerzo reformista para recuperar la senda de crecimiento económico y la creación de empleo. Todo ello, sin tener, hasta la fecha, plenos resultados satisfactorios.

El contenido laboral de los diferentes cuerpos normativos, confirma el carácter inacabado de la reforma de 2012 y la utilización de la normativa laboral al servicio de la reactivación económica y del desarrollo de las empresas³⁰.

A la situación descrita habría que añadir que las reformas sobre unas mismas materias no siempre se complementan, sino que se desdican, lo que hace resaltar la fragilidad jurídica y acentúa la sensación de provisionalidad e, incluso, improvisación del conjunto normativo reformador, que contradice el propósito proclamado de crear un marco jurídico estable y seguro que procure confianza a las empresas. Así pues, como ejemplo de lo señalado, destaca el RDL16/2013 que vuelve sobre reformas inmediatamente anteriores, cambiando su signo a escaso tiempo de haber sido aprobadas, en un hacer y deshacer como incipiente tendencia reformista.

Quizá el legislador olvide que resulta imposible aislar la realidad económica industrial y empresarial de un país de las características jurídicas e institucionales de su mercado laboral. Ni las reformas laborales por sí mismas crean empleo, ni las características del empleo creado dependen solo de las normas contractuales, sin tener en cuenta las necesidades productivas de los sectores económicos.

²⁸ CRUZ VILLALÓN, J., "Hacia un nuevo modelo laboral en España", Revista de la facultad de Derecho, Derecho Pucp, núm. 68, 2012, pág. 132.

²⁹ "No cabe hablar propiamente de una "segunda generación de reformas" laborales y de Seguridad Social respecto de las establecidas en 2012, sino más bien de un complemento y, en parte, de una revisión de aquellas reformas". CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ-PIERO Y BRAVO FERRER, M., VALDÉS DAL-RE, F., "La huida del derecho del trabajo hacia el "emprendimiento", las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la Ley 11/2013 y el RDL 11/2013", Relaciones Laborales, Núm. 13, 2013, pág. 1

³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M.E., "El uso del decreto ley como instrumento de las reformas laborales. La garantía juvenil y la tarifa plana para el fomento del empleo y la contratación", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2014, (LA LEY 1250/2014).

2. Los instrumentos introducidos

2.1. Contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores

La novedad más significativa de la reforma de 2012 es la regulación del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, con el que se pretende sustituir el trabajo precario por trabajo estable y favorecer la creación de empleo y, en fin, potenciar la iniciativa empresarial (art. 4.1 Ley 3/2012).

El nuevo contrato de “apoyo a los emprendedores” (en adelante CAE) viene a sustituir a la anterior modalidad de contrato para el fomento de la contratación indefinida³¹, inicialmente dirigido a determinados trabajadores con especiales dificultades de inserción laboral y, posteriormente, “generalizado” por las modificaciones introducidas por el RDL 10/2010 y suprimido con la nueva Ley de reforma laboral de 2012³². No obstante, como ya se ha dicho, aunque se inspire en él, no se puede hablar realmente de continuidad entre el nuevo contrato de apoyo a los emprendedores y el anterior contrato de fomento de la contratación indefinida, en la medida en que sí era realmente un contrato indefinido, aunque incentivado mediante la reducción del coste del despido objetivo improcedente³³. A ello debe añadirse que esta nueva modalidad contractual aparece como contrato indefinido, pero es un contrato de fácil extinción, mediante la plena libertad de desistimiento contractual reconocida al empresario, que, además, facilita la rotación de trabajadores en el puesto de trabajo.

A) Características generales

El contrato de trabajo de apoyo a emprendedores está dirigido en exclusiva a PYMES con una plantilla de menos de 50 empleados, que pueden concertarlo únicamente mientras la tasa de desempleo en nuestro país no baje del 15%. En principio, el régimen de este novedoso tipo contractual es el que resulta aplicable con carácter ordinario a los contratos indefinidos y a tiempo completo, pues se permite su celebración a tiempo parcial³⁴; sin embargo, como se expone a continuación, el CAE tiene algunas particularidades jurídicas que, en general, tienden a hacerlo más atractivo para las empresas³⁵.

La primera y principal especialidad del CAE es la que establece el apartado 3 del art. 4 de la Ley 3/2012, el cual indica que "la duración del periodo de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores será de un año en todo caso". Ha surgido la duda de si este periodo de prueba de un año es una cláusula meramente potestativa o

³¹ Regulado en la DA 1ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad).ROQUETA BUJ, R., " Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores", *Relaciones Laborales*, núm. 23, 2012, (LA LEY 18649/2012).

³² Un estudio sobre esta nueva figura contractual, véase en, PÉREZ CAMPOS, A.I., *Contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores*, Thomson/Reuters, Aranzadi, Pamplona 2015.

³³ MORENO VIDA, Mª N., "La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 34, 2013, pág. 15.

³⁴ El art. 2 Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores ha introducido la jornada a tiempo parcial en esta figura contractual.

³⁵ Disposición Transitoria Novena de la Ley 3/2012, introducida durante la tramitación parlamentaria.

una cualidad inherente a estos contratos, ineludible para las partes³⁶. Aunque el formulario oficial del servicio público de empleo parece dar a entender esto último, otra posible interpretación del precepto llevaría a desmentir la obligatoriedad del periodo de prueba³⁷.

En primer lugar, debe recordarse que el diseño del modelo de contrato carece de virtualidad normativa; pero es que, además, la literalidad del art. 4.3 de la Ley 3/2012 liga la citada excepción a la "duración" del periodo, por lo que podría deducirse que el legislador quisiera mantener en todo lo demás el régimen previsto en el art. 14 LET, que impone la necesidad de pacto expreso. En cualquier caso, el argumento definitivo sobre el carácter no esencial del periodo de prueba en el CAE se encuentra en el inciso final introducido durante la tramitación parlamentaria en el art. 4.3, que aclara que dicho periodo no se puede establecer cuando el trabajador haya realizado anteriormente las mismas funciones en la empresa; en consecuencia, lo que se proscribe es la prueba, no la celebración misma del CAE³⁸. A pesar de todo ello, en lo que no hay duda es que en la mayoría de los casos, el empleador va a poder beneficiarse de una fase contractual relativamente prolongada durante la cual está facultado para desistir libremente de la relación laboral, sin necesidad de respetar un preaviso, ni de pagar una indemnización.

La segunda particularidad que presenta el CAE es la posibilidad de que el trabajador que hubiera percibido durante tres meses una prestación contributiva de desempleo, compatibilice su salario con el 25% de la prestación que tuviera pendiente de cobro por dicha contingencia. Algunos autores han advertido que esta excepción del principio de incompatibilidad del paro con el trabajo a tiempo completo entraña un peligro para el trabajador, pues puede ser utilizada para compensar un descenso salarial³⁹. No obstante, conviene matizar que las empresas que utilizan el CAE no dejan de estar sometidas a la Ley, ni a los convenios colectivos, por lo que habrán de respetar siempre los salarios profesionales acordados colectivamente y, en su caso, el SMI. En consecuencia, debe concluirse que esta especialidad no responde tanto a hacer atractivo el CAE para el empresario, como a incentivar su aceptación por el empleado.

Por último, hay que señalar que a esta novedosa modalidad contractual se ligan una serie de bonificaciones e incentivos fiscales que van dirigidos a la contratación de

³⁶ Esta postura ha sido aceptada por un sector minoritario de la doctrina; así, MIRANDA BOTO, J. M.: "La configuración definitiva del contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores", *Actualidad Laboral*, T. II, 2012, pág. 1943.

³⁷ Esta es conclusión a la que llega la doctrina mayoritaria. Vid. PÉREZ REY, J.: "El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo", RDS, núm. 57, pág. 58. BAZ RODRÍGUEZ, J.: El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la "flexi-inseguridad", RDS, núm. 59, págs. 96 y 97. RAMOS MORAGUES, F.: "El contrato de apoyo a emprendedores como medida de fomento del empleo", REDT, núm. 157, 2013, pág. 210.

³⁸ En realidad, lo que se hace es reproducir la regla general aplicable al periodo de prueba. No obstante, esta mención expresa puede ser utilizada para no aplicar la teoría de la segunda oportunidad que defienden algunos autores; esto es, volver a imponer un nuevo periodo de prueba a los trabajadores que ya han prestado servicios en la empresa con idénticas funciones, pero que no superaron el periodo de prueba inicial. Cfr. BAZ RODRÍGUEZ, J.: «El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la "flexi-inseguridad"....cit. pág. 94.

³⁹ Entre otros, MIRANDA BOTO, J. M.: "La configuración definitiva del contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores".... cit. pág. 1942. ALVEREZ JIMENO, R., "El contrato único de trabajo. propuestas y respuestas", *Aranzadi Social*, 5/2013.

ciertos colectivos, como los jóvenes o los desempleados mayores de 45 años⁴⁰.

Por consiguiente, a pesar de que el CAE está abierto a todo tipo de trabajadores, el legislador ha querido dirigirlo preferentemente a personas con especiales dificultades para obtener un empleo estable, en un intento por racionalizar los incentivos a la contratación⁴¹. En cualquier caso, la finalidad principal de estas ayudas públicas es evitar la extinción prematura y arbitraria de los CAE, pues el régimen extintivo flexible, vigente durante el primer año de relación, y la escasez de restricciones para la utilización de dicho tipo contractual podrían conducir a una rotación aún mayor de la que procuran los contratos temporales⁴². En este sentido, para disfrutar de los incentivos vinculados al CAE, es preciso, por un lado, mantener en plantilla al trabajador contratado bajo esta modalidad durante al menos tres años y, cumulativamente para las bonificaciones sociales, conservar el nivel de empleo en la empresa durante como mínimo un año; siendo el apartado 7 del art. 4 de la Ley 3/2012 el que aclara cuándo deben entenderse cumplidas dichas obligaciones. Sin embargo, a pesar de lo expuesto, un sector de la doctrina iuslaboralista ha denunciado que las mencionadas bonificaciones y deducciones no constituyen un contrapeso a la flexibilidad de salida lo bastante eficaz como para garantizar la estabilidad en el empleo⁴³.

B) El periodo de prueba de un año

No cabe ninguna duda de que, de todas estas especialidades jurídicas, la que genera una mayor problemática es la que refiere a la duración del periodo de prueba, pues, con independencia de la dificultad que entrañen las tareas a realizar, ésta va a ser siempre de doce meses, lo que en buena medida desvirtúa la razón de ser de esta etapa contractual⁴⁴.

De forma casi unánime se ha criticado por la doctrina esta medida de fomento de empleo de la reforma laboral de 2012, llegando incluso a cuestionar su constitucional⁴⁵, al entender que limita el derecho al trabajo reconocido en el art. 35 del texto constitucional, y entendido por el TC como derecho a no ser despedidos sin justa

⁴⁰ Véase un estudio exhaustivo en MIRANDA BOTO, J. M.: «La configuración definitiva del contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores», cit. pág. 1944. ROQUETA BUJ, R., "Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores", cit., (LA LEY 18649/2012).

⁴¹ PÉREZ REY, J.: «El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo», cit. pág. 53.

⁴² Lo único que se prohíbe es contratar bajo esta modalidad a un trabajador cuando, en los seis meses anteriores, se haya despedido improcedentemente a otro empleado del mismo grupo profesional y en el mismo centro de trabajo. (Art. 4.6 Ley 3/2012). Es obvio que esta limitación puede ser fácilmente eludida por empresas que tengan varios centros de trabajo.

⁴³ Cfr. BAZ RODRÍGUEZ, J.: «El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la "flexi-inseguridad"», cit. pág. 91 y ss. RAMOS MORAGUES, F.: "El contrato de apoyo a emprendedores como medida de fomento del empleo", cit. 207.

⁴⁴ La finalidad del periodo de prueba es, según la jurisprudencia, permitir que la empresa compruebe la aptitud profesional y la adaptación al puesto del trabajador contratado. Cfr. STS de 12 de diciembre de 2008. A propósito de la duración establecida en un Convenio Colectivo, la STS de 12 de noviembre de 2007 indicó que un periodo de prueba de dos años resultaba abusivo, mientras que la STSJ Comunidad Valenciana de 8 de julio de 2009 llegó a una conclusión similar, sobre un periodo de prueba de un año amparado por norma convencional.

⁴⁵ Un estudio exhaustivo sobre su constitucionalidad, véase, en LARRAZÁBAL ASTIGARRAGA, E., "¿Es constitucional el periodo de prueba establecido en el contrato de trabajo de apoyo a emprendedores?", RDS, núm. 65, 2014, págs. 167 y ss.

causa⁴⁶.

El hecho de que durante un año entero el empresario pueda extinguir el contrato sin causa, sin preaviso y sin necesidad de abonar una compensación económica, ha generado dudas de constitucionalidad, tanto es así que constituye uno de los fundamentos del recurso presentado ante el TC por los diputados del PSOE y la Izquierda Plural contra la reforma de 2012. A pesar de que son muchos los preceptos de la Carta Magna que se han citado a la hora de valorar la posible inconstitucionalidad del periodo de prueba del CAE⁴⁷ es, sin duda, el contenido esencial art. 35 CE el que se ha situado en el centro del debate. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la extinción del contrato de trabajo ha de ser causal, formal y revisable⁴⁸; si bien, el TC ha permitido escapar de estas exigencias al periodo de prueba. Lo que ocurre es que una fase de pruebas de un año que ni siquiera atiende a la cualificación requerida por el puesto puede considerarse abusiva, lo que ha llevado a algunos autores a concluir que el art. 4.3 de la Ley 3/2012 es contrario al art. 35 CE⁴⁹.

En cualquier caso, habría que tener en cuenta que la finalidad principal de un periodo de prueba tan prolongado es la de facilitar la contratación de trabajadores, lo que indudablemente está en consonancia con el propio derecho al trabajo y con la obligación de los poderes públicos de desarrollar políticas que tiendan a crear empleo. Al margen de ello, se ha considerado por la doctrina científica que el juicio de constitucionalidad deberá tomar en consideración que el CAE es una medida coyuntural, condicionada a una tasa de paro elevada, y dirigida exclusivamente a empresas con menos de cincuenta

⁴⁶ MORENO VIDA, M^a N., "La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad". ...cit., pág. 17. Véase también el análisis efectuado por ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C. "El contrato indefinido de apoyo a emprendedores: fortalezas y debilidades" publicado en esta la misma obra colectiva más adelante.

⁴⁷ Al respecto, se ha planteado la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), por la diferencia de trato que pueden sufrir los trabajadores de las empresas de menor tamaño. A juzgar por lo dispuesto en la STC 6/84, de 24 de enero, que admitió la diferenciación de trato en el régimen extintivo de las empresas de menos de 25 trabajadores en un contexto similar, la diferenciación en el trato viene justificada, es razonable y proporcional. A favor, RAMOS MORAGUES, F.: «El contrato de apoyo a emprendedores como medida de fomento del empleo», cit. págs. 212 y 213. En contra, CAMPS RUIZ, L.: "Contratación, formación y empleo en el RDL 3/2012" en AA VV: La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. págs. 73 y 74. Otro motivo de inconstitucionalidad que, además, ha sido planteado en el recurso de PSOE e Izquierda Plural, se apoya en la vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), pues el trabajador que sea despedido durante el primer año de contrato no podrá impugnar la extinción, salvo por motivos de discriminación o vulneración de derechos fundamentales. No obstante, conviene recordar que, en principio, la tutela judicial efectiva se predica respecto de los derechos que se tienen legalmente reconocidos. GOERLICH PESSET, J. M^a: «¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?» Relaciones Laborales, I, 2010, pág. 211. Por último, el recurso de inconstitucionalidad también se refiere a la violación del art. 37.1 CE, sobre negociación colectiva y fuerza vinculante de los convenios, lo que se relaciona con la falta de maniobra de cara a la duración del periodo de prueba en el CAE. En cualquier caso, es evidente que la negociación colectiva está sujeta a las leyes y que son muchas las normas de Derecho necesario absoluto que existen en nuestro ordenamiento laboral.

⁴⁸ Vid. SSTC 22/1981, de 2 de julio, y 20/1994, de 27 de enero.

⁴⁹ MIRANDA BOTO, J. M.: "La configuración definitiva del contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores", AL, 2012, T. II, págs. 1944 y 1945. PÉREZ REY, J.: "El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo", cit., págs. 59 y ss. BAZ RODRIGUEZ, J.: «El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la "flexi-inseguridad"», cit. págs. 103 y ss. En contra de esta opinión, niega la inconstitucionalidad por este motivo: RAMOS MORAGUES, F.: El contrato de apoyo a emprendedores como medida de fomento del empleo, cit. pág. 212.

trabajadores, que a menudo son las más sensibles a las oscilaciones del mercado⁵⁰.

Paralelamente a los problemas de constitucionalidad expuestos, la doctrina científica ha puesto de manifiesto que el periodo de prueba del CAE también puede chocar con el Derecho Comunitario y con ciertos instrumentos de Derecho Internacional ratificados por España⁵¹. En este sentido, se suele aludir al art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), el cual proclama que los trabajadores tienen derecho a "una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales". A pesar de que dicho precepto, incorporado al derecho originario de la UE, supone un claro rechazo del despido "ad nutum" como principio general, no constituye por sí mismo un argumento demasiado sólido para cuestionar la legalidad del CAE ni de otros contratos indefinidos de consolidación progresiva. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el art. 30 CDFUE se remite a lo dispuesto en las legislaciones internas de los Estados miembros, muchos de los cuales establecen periodos de carencia relativamente amplios en la protección frente a la extinción⁵², pero es que, además, son las propias instituciones comunitarias las que insisten en reformular los contratos indefinidos para hacerlos más flexibles y atractivos para las empresas. Es por ello que, si hay una norma internacional que puede poner en tela de juicio la regulación del periodo de prueba ofrecida por el art. 4.3 de la Ley 3/2012, es el Convenio nº 158 de la OIT. Concretamente, el art. 4 de dicho instrumento condiciona la terminación de la relación laboral a la concurrencia de una causa justificada; no obstante, el art. 2.2 b) del citado convenio permite a los Estados excepcionar de esta protección frente a la extinción a "los trabajadores que efectúen un periodo de prueba o que no tengan el tiempo de servicio exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable".

Por consiguiente, para determinar si el periodo de prueba de un año es o no acorde al Derecho Internacional Público se deberá realizar un juicio de razonabilidad. En este sentido, como se ha indicado antes, la duración del periodo de prueba de los CAE puede considerarse desproporcionada, pero la ponderación de otros factores, como el tamaño de las empresas a las que se dirige esta modalidad contractual o el contexto socio-económico subyacente, impide llegar a una conclusión automática.

Ante las diversas controversias y críticas vertidas por los expertos sobre la licitud de la regulación del período de prueba en esta nueva figura contractual, el Tribunal constitucional se ha pronunciado avalando la legitimidad de dicha regulación, en las

⁵⁰ Sobre el establecimiento de un periodo de prueba diferente en función del tamaño de la empresa, cfr. DE VAL TENA, A. L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Cívitas, Madrid, 1998, pág. 133. ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A. *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas*, CES, Madrid, 2007, pág. 122 y ss. BAZ RODRÍGUEZ, J.: «El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la "flexi-inseguridad"», cit. págs. 98 y ss. RAMOS MORAGUES, F.: *El contrato de apoyo a emprendedores como medida de fomento del empleo*, cit. págs. 214 y 215. Este último autor lo entronca con el estudio de constitucionalidad, a través del art. 96.1 CE. Por su parte, el recurso de inconstitucionalidad presentado por los diputados de PSOE e Izquierda plural también alude a estos instrumentos, de cara a reforzar la interpretación que ha de hacerse del contenido esencial del art. 35 CE, sobre derecho al trabajo

⁵¹ Véase, ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A.I "Informe sobre los despidos en Europa", *Temas Laborales*, núm. 99, 2009, págs. 260 y ss. Así, por ejemplo, en Reino Unido los trabajadores con menos de un año de antigüedad están excluidos de la protección frente a la extinción, salvo en casos de despido «automáticamente ilegítimo». En el ordenamiento Alemán quedan excluidos de la limitación de causa los trabajadores que tengan menos de 6 meses de antigüedad y los que prestan servicios en empresas de hasta 10 trabajadores.

sentencias 119/2014 de 16 de julio (RTC 2014\119) y 8/2015 de 22 de enero (RTC 2015/8). Al respecto, conviene precisar que la STC 8/2015 vuelve a manifestarse de la misma forma y sentido que su precedente -STC 119/2014 de 16 de julio de 2014, manifestando una desmesurada servidumbre argumental con la citada sentencia.

En consecuencia, el alto tribunal considera que la regulación del periodo de prueba respeta el derecho a la negociación colectiva, a la no discriminación o a la tutela judicial pues engarza con las políticas de pleno empleo, permite comprobar la viabilidad económica del concreto puesto de trabajo y está sujeto a diversas restricciones. Se quiere incentivar la creación de empleo y no solo permite comprobar la capacitación y aptitud del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado.

Y, en fin, que tal medida se acompaña de otras que pretenden atemperar el aspecto más gravoso que para el trabajador tiene un período de prueba de mayor duración, como son, de un lado, la eventual compatibilización del salario con la prestación de desempleo o el mantenimiento del derecho a su percepción tras su finalización, y, de otro, y esto es lo más relevante, que a la superación del mayor período de prueba se le anuda el carácter indefinido de la relación laboral.

Al margen de lo anterior, conviene señalar que en cualquier caso, a pesar de la amplia flexibilidad ofrecida a los empresarios con el periodo de prueba de un año, lo cierto es que el CAE está teniendo un éxito relativamente modesto, pues las empresas siguen utilizando modalidades temporales preexistentes, como el contrato eventual y el contrato por obra o servicio. A pesar de ello, es probable que el CAE haya sido la única medida contra la segmentación laboral adoptada en las últimas reformas que ha contribuido a que se incremente la proporción de contratos indefinidos concertados⁵³. Lo que ocurre es que, como acaba de exponerse, durante su primer año, en esta figura contractual prevalece el carácter temporal que condena al trabajador a una precariedad máxima, pero limitada en el tiempo.

2.2. Contrato de trabajo a distancia

El art. 6 Ley 3/2012 lleva a cabo una reforma importante en la regulación del contrato a domicilio. Se modifica la denominación del art. 13 ET, que deja de tener como rúbrica “contrato de trabajo a domicilio” para pasar a denominarse “trabajo a distancia”, y, básicamente, “se cambia la ordenación del tradicional trabajo a domicilio, para dar acogida, mediante una regulación equilibrada de derechos y obligaciones, el trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías⁵⁴”.

⁵³ Sobre la efectividad de las medidas adoptadas. La temporalidad ha bajado, del 33% al 21%; el núm. de contratos indefinidos frente a temporales registrados en 2009: 1.312,4 vs12.709, 4; en 2011: 1.110,2 vs 13.323,1; y en 2012: 1.433,0 vs 12.808,0. El total de contratos indefinidos iniciales ha pasado durante el primer año de reforma 2012 de 636.905 a 709.185, un aumento del 11,3 %. En diciembre de 2012 había 77.260 contratos de apoyo a emprendedores, lo que suponía un 12,2% del total de nuevos indefinidos. Fuentes: Boletín de Estadísticas Laborales, actualizado a marzo de 2013y UGT, un año de reforma laboral: evolución de la contratación, el empleo y los despidos, secretaría de acción sindical. coordinación acción externa. gabinete técnico confederal, 8 de febrero de 2013.

⁵⁴ La nueva regulación del trabajo a distancia que lleva a cabo la reforma laboral viene pues facilitada por la regulación comunitaria del teletrabajo a través del mencionado Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002.

Aunque la intención del legislador es dar cabida en el art. 13 ET al teletrabajo, hay que tener en cuenta que todo teletrabajo es trabajo a distancia, pero no todo trabajo a distancia es teletrabajo (este último exige trabajo a distancia, pero también utilización de la tecnología de la información y la comunicación (tecnología informática y telemática)⁵⁵. De forma que la nueva regulación del art. 13 pretende dar cabida a los supuestos tradicionales o más actuales de trabajo a domicilio junto con los supuestos de teletrabajo.

En una sucinta referencia a esta nueva modalidad contractual, destacan dos cuestiones principales:

Por un lado, el trabajo a distancia requiere que la prestación laboral se realice “de manera preponderante” en el domicilio del trabajador o en otro lugar distinto al centro de trabajo de la empresa. Es un rasgo común a esta modalidad de prestación de servicios que la realización de la prestación no se lleva a cabo en el lugar convencional dispuesto por el empresario, el centro de trabajo. Se realiza en lugares de trabajo distintos al convencional (domicilio, telecentro, itinerante...), de forma que se produce una deslocalización de la actividad respecto del centro de imputación de los resultados (el centro de trabajo). Pero, a diferencia de la anterior regulación del contrato a domicilio, la realización de la prestación en un lugar distinto al centro de trabajo no tiene que ser una opción única. Cabe la posibilidad de compatibilizar parte del trabajo a distancia, con la realización de parte de la prestación de servicios en el centro de trabajo.

La segunda cuestión que destaca en el concepto de trabajo a distancia recogido ahora en el nuevo art. 13 ET es que desaparece la referencia a la “ausencia de vigilancia del empresario”. Con esta modificación se da entrada de lleno en el art. 13 ET al teletrabajo, en la medida en que la vigilancia del empresario se acentúa aunque el trabajo se realice fuera del centro de trabajo, precisamente, por la utilización de medios electrónicos por parte del trabajador. No obstante, una de las características básicas del teletrabajo es la flexibilidad organizativa y la descentralización operativa, que son resultado de las innovaciones tecnológicas típicas del teletrabajo⁵⁶. Supone un nuevo modelo de organización del trabajo basado en la autonomía y la autorregulación, en relación a la cantidad y distribución del tiempo de trabajo y de las tareas a desarrollar y, como consecuencia, una nueva forma de organización de la empresa basada en la flexibilidad de los recursos humanos y tecnológicos.

El trabajador a distancia tiene, en la línea de lo orientado por el acuerdo marco europeo de teletrabajo⁵⁷, los mismos derechos laborales salvo los inherentes a la presencia en el puesto de trabajo, con un mínimo de la retribución total de su grupo profesional (art.

⁵⁵ La diferencia radica, pues, en que el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio y porque además puede haber formas de teletrabajo en las que exista una vigilancia empresarial (algunas manifestaciones de trabajo "on line"), pero ello no es equiparable al control del trabajo industrial a domicilio. PURCALLA BONILLA, M.A., Y PRECIADO DOMÈNECH, C.H., "Trabajo a distancia vs. teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012", *Actualidad laboral*, núm. 2, 2013, (LA LEY 286/2013). En general sobre el teletrabajo véase, THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo*, CES, Madrid, 2000.

⁵⁶ En palabras de la SAN núm. 42/2004, de 31 de mayo (LA LEY 127840/2004), las características del teletrabajo, en contraposición al trabajo a domicilio, son las siguientes: «1.- El operario realiza un trabajo fuera de la empresa, normalmente en su domicilio particular. 2.- Esto conlleva la modificación de la estructura organizativa tradicional del trabajo y de la empresa, tanto en los aspectos físicos como materiales. 3.- La utilización de nuevos instrumentos de trabajo cuales pueden ser videotermiales, videoconferencia, telefax, etc. 4.- Una red de telecomunicación que permita el contacto entre la sede de la empresa y el domicilio del trabajador

⁵⁷ Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo de 16 de julio de 2002.

13.3 ET). Se reconoce el derecho de estos trabajadores a ser informados de vacantes en la empresa (art. 13.3 ET) y se subraya su derecho a la salud laboral y a la representación colectiva (arts.13.4 y 5 ET). En la Exposición de Motivos de ambas normas se expresa el deseo de promover nuevas formas de desarrollo de la actividad laboral, y entre ellas tiene perfecta cabida el teletrabajo, "una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al 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".

2.3. Contrato a tiempo parcial

A) Alcance de la reforma

En la última fase de la reforma laboral adquiere especial protagonismo el contrato a tiempo parcial. Ha sido la principal apuesta de las políticas de empleo, por su incidencia en el reparto y la redistribución del empleo, pero también porque permite satisfacer necesidades de flexibilidad laboral y objetivos de política social, como la conciliación de la vida laboral y familiar o la promoción de la jubilación flexible, permitiendo compatibilizar pensión y salario. Ello explica las incesantes y repetidas reformas a las que se ha visto sometida esta modalidad contractual y el importante crecimiento de submodalidades de este contrato⁵⁸.

La funcionalidad de la contratación con jornada a tiempo parcial ha determinado que el legislador haya llevado a cabo sucesivas reformas a fin de explotar sus potencialidades para fomentar su utilización. Así, con el objetivo de propiciar el uso de este contrato y, en general, de procurar la suscripción de contratos, las últimas reformas han querido hacer de él un instrumento más flexible, a fin de aumentar su atractivo para las empresas.

El RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores agrega, a las precedentes realizadas en 2012 y 2013, nuevas modificaciones legales en la regulación contractual del trabajo a tiempo parcial⁵⁹.

Uno de los cambios más relevantes introducidos por el RDL 16/2013 es, sin duda, la recuperación de la prohibición de realización de horas extraordinarias en esta modalidad

⁵⁸ LÓPEZ GANDÍA, J., "Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma de 2012", *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, págs. 86 y ss.

⁵⁹ En el año 2013 ya se habían introducido dos importantes reformas en materia laboral y de Seguridad Social a través de la L 11/2013, de 26 de julio (LA LEY 12432/2013), de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (que recoge con escasos cambios el contenido del RDL 4/2013, de 22 de febrero (LA LEY 2190/2013), del mismo título), y el RDL 11/2013, de 2 de agosto (LA LEY 12957/2013), para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Ambas medidas legislativas, aunque se enlazan con la reforma de 2012, han acentuado su objetivo económico y de fomento de la iniciativa y de las finanzas empresariales. El tiempo ha demostrado que esas reformas no eran definitivas ni completas, también porque su puesta en práctica ha generado problemas que han tratado de corregirse posteriormente. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., Y CASAS BAAMONDE, M.E., "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, 2014, (LA LEY 151/2014).

contractual y junto a la citada prohibición también resulta novedosa la aparición de un nuevo tipo de horas complementarias, las denominadas "de aceptación voluntaria" por parte del trabajador. Realmente, si se reflexiona sobre esta nueva versión de horas complementarias, no dejan de ser horas extraordinarias con otra denominación pese a haberlas insertado dentro del régimen jurídico de las horas complementarias. La doctrina científica no ha dudado en resaltar el escaso rigor utilizado por el legislador en el uso de esta terminología por cuanto todas lo son, medie o no pacto escrito previo. Incluso se destaca también la confusión y falta de precisión en el resto de aspectos de su regulación, de muy deficiente formulación e incluso de difícil comprensión⁶⁰.

Si acaso, la norma se encarga de señalar dos cuestiones que hacen referencia, por un lado, al momento en que puedan ofrecerse por el empresario (en cualquier momento). Lógicamente, será el empresario el que decidirá no solo cuándo las ofrece sino también cuando deberán realizarse, previa aquiescencia por parte del trabajador para no desnaturalizar su esencia.

La segunda cuestión, consecuencia de la anterior, se sitúa en si tales horas son de aceptación voluntaria, eso significa que no deberían tener consecuencias negativas para el trabajador si se opusiera a su realización –lo mismo que las horas extraordinarias–, por eso es acorde la norma cuando señala, que "la negativa del trabajador a la realización de estas horas no constituirá conducta laboral sancionable".

Con independencia de su naturaleza y su nomenclatura la realización de tales horas debe limitarse cuantitativamente. A este respecto, el legislador precisa que no podrá superar el 15 por 100, ampliables al 30 por 100 por convenio colectivo, de las horas ordinarias objeto del contrato. Importante es también la delimitación de ambas modalidades de horas complementarias, ya que expresamente señala que las horas complementarias de aceptación voluntaria no se computarán a efectos de los porcentajes de horas complementarias pactadas. Las horas complementarias efectivamente realizadas se retribuyen como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y períodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones [art. 12.5.j) ET].

Como consecuencia de lo anterior, podría llegar a darse el caso de que existieran horas complementarias pactadas (máximo del 60 por 100 de las ordinarias por convenio colectivo) y de aceptación voluntaria (máximo del 30 por 100 de las ordinarias por convenio colectivo). En total podrían llegarse a realizar entre ambas variantes de horas complementarias, hasta un 90 por 100 de las horas ordinarias, lo que supone un porcentaje excesivo si la jornada fuera superior al 10 por 100 de la jornada de trabajo a tiempo completo comparable, como señala el art. 12.1 ET, pues excedería incluso el de un trabajo a jornada completa⁶¹.

La diferencia de régimen sustantivo entre horas complementarias y extraordinarias en lo que refiere a su limitación numérica y a su retribución se sitúa en la causa de esta modificación legislativa, que abarata así los costes laborales y que permite una mayor flexibilidad en el alargamiento y utilización de esa ampliación del tiempo de trabajo mediante su acomodación continua a las necesidades empresariales.

⁶⁰ MIÑARRO YANINI, M., "El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia", *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2014 (LA LEY 936/2014).

⁶¹ LOUSADA AROCHENA, J.F., "El trabajo a tiempo parcial en el Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162, 2014, pág.134.

No es necesario ya que el contrato de trabajo a tiempo parcial sea de duración indefinida para que éste pueda incorporar, al tiempo de su celebración o con posterioridad a ésta, un pacto de horas complementarias. El Estatuto de los Trabajadores reformado se limita a exigir que la jornada de trabajo a tiempo parcial no sea inferior a 10 horas semanales en cómputo anual para permitir el pacto de horas complementarias [art. 12.5.b) ET].

En consecuencia, sin perjuicio del citado acuerdo de horas complementarias, en los contratos a tiempo parcial de duración indefinida con una jornada de trabajo no inferior a 10 horas semanales en cómputo anual el empresario puede, en cualquier momento, ofrecer al trabajador la realización de horas complementarias, y éste aceptarlas.

El plazo de preaviso para la realización de las horas complementarias pactadas se reduce de siete a tres días, "salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior" [art. 12.5.d) ET], plazo innecesario en el caso de las horas complementarias voluntarias. De nuevo se excluye una función de mejora del convenio colectivo. La determinación del momento y forma de realización de esas horas complementarias voluntarias se comprende en la propia propuesta del empresario y en la aceptación por el trabajador de su realización⁶².

B) Contrato a tiempo parcial con vinculación formativa

La Ley 11/2013 ha introducido en su art. 9 incentivos a la contratación a tiempo parcial con finalidad formativa, configurando una modalización del uso del contrato a tiempo parcial referido en este caso al fomento del empleo de los denominados trabajadores jóvenes, al que se adiciona la exigencia de formación. Aunque no se trata de una modalidad de contratación específicamente dirigida a los trabajadores jóvenes, su régimen jurídico y las medidas incentivadoras que le acompañan lo configuran como un contrato idóneo para este colectivo. El RD 1529/2012, de 8 de noviembre, desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje⁶³.

En una primera valoración, la idea de vincular la contratación con jornada parcial y la formación merece un juicio positivo, pues combina dos piezas que se fundamentan y justifican recíprocamente, resultando de este binomio un equilibrio de derechos que reporta beneficios para ambas partes de la relación laboral. No obstante, lo anterior, conviene precisar que, el requisito formativo se formula en términos tan laxos y es tan mínimo que no podría considerarse como un elemento definitorio de entidad suficiente para adjetivar y justificar esta modalidad incentivada.

Los trabajadores, para acceder a este contrato a tiempo parcial con vinculación formativa deben cumplir unos requisitos: no tener experiencia laboral o que esta sea inferior a tres meses; proceder de otro sector de actividad, en los términos que se determinen reglamentariamente; ser desempleado y estar inscrito ininterrumpidamente en la oficina de empleo al menos 12 meses durante los 18 meses anteriores a la contratación. y/o carecer de título oficial de enseñanza obligatoria, de título de formación profesional o de certificado de profesionalidad.

El contrato de trabajo podrá celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores. Y la

⁶² LOUSADA AROCHENA, J.F., ob., .cit., pág.133.

⁶³ ROMERO BURILLO, A.M., "La actividad formativa en el nuevo contrato para la formación y aprendizaje: nuevas cuestiones" *Aranzadi Social*, núm. 9, 2014 (BIB 2014/68).

jornada laboral no podrá ser superior al 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable.

Las empresas, para poder acogerse a esta modalidad contractual, también deben cumplir unos requisitos.

En primer lugar, no haber adoptado, en los 6 meses anteriores a la celebración del contrato, decisiones extintivas improcedentes. No obstante, el apartado 5 del precepto, señala que la limitación afecta únicamente a las extinciones producidas a partir del febrero de 2013 y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo.

Y, en segundo lugar, para la aplicación de las bonificaciones a la Seguridad Social, la empresa deberá mantener el nivel de empleo alcanzado con el contrato en cuestión, como mínimo, durante el período equivalente a la duración del contrato con un máximo de 12 meses desde celebración. En caso de incumplimiento de esta obligación, la empresa deberá proceder al reintegro de los incentivos.

Por otra parte, debiera resultar esencial en esta figura contractual la actividad formativa que, como regla general, debe desarrollarse durante la vigencia del contrato (en régimen de compatibilidad con el trabajo), aunque se admite, como alternativa, que el trabajador hubiera cursado actividad de ese tipo en los seis meses previos a la celebración del contrato, siempre que se justifique. Sin embargo, el legislador matiza, a nuestro juicio, en exceso su exigencia al establecer que la formación no necesariamente ha de estar vinculada al puesto de trabajo objeto de contrato, y puede consistir en “formación acreditable oficial o promovida por los servicios públicos de empleo”, o en “formación de idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de una duración mínima de 90 horas en cómputo anual”. Si bien es cierto que la problemática principal que planteaba esta figura principal, precisamente si situaba en la formación del trabajador, ésta última reforma legislativa, en aras a la propugnada y necesaria flexibilidad, se dirige al detrimento del objeto básico de esta figura contractual, desnaturalizando su esencia⁶⁴.

2.4. Otros cambios en materia de contratación: trabajadores jóvenes

En desarrollo de la estrategia de Emprendimiento y Empleo-Joven 2013-2016, la Ley 11/2013 ha establecido nuevos estímulos a la contratación indefinida de jóvenes menores de 30 años de edad, o de parados mayores de 45 años de larga duración contratados por jóvenes emprendedores.

La necesidad de fomentar una mayor empleabilidad de los jóvenes parece justificar la apertura a las empresas de trabajo temporal de la contratación en prácticas, como ya se hizo anteriormente con los contratos para la formación de los no titulados. La modificación del régimen jurídico de los contratos en prácticas y su apertura a las

⁶⁴ MIÑARRO YANINI, M., "El contrato a tiempo parcial con vinculación formativa para el fomento del empleo juvenil: la formación como excusa de la precarización incentivada del trabajo", en XXXII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. J.L Monereo Pérez). Consejo andaluz de relaciones laborales, 2014, pág. 195.

empresas de trabajo temporal se presenta por el RDL 16/2013 como una vía de incorporación de los jóvenes al mercado laboral⁶⁵.

Las empresas de trabajo temporal pueden contratar a trabajadores en prácticas para ser cedidos a empresas usuarias, las cuales se beneficiarán de las bonificaciones correspondientes si convierten esos contratos en indefinidos sin solución de continuidad, desapareciendo, como ya sucede con el contrato para la formación y el aprendizaje (desde las reformas introducidas por la L 11/2013), la divisoria entre las actividades de colocación y de cesión de trabajadores de las empresas de trabajo temporal.

La medida puede ofrecer así más oportunidades a los jóvenes, a través de empresas de trabajo temporal que cada vez más ejercen así funciones directas o indirectas de colocación laboral, pero con el precio de una mayor precariedad y un riesgo de devaluación de la dimensión formativa de estos contratos, aumentando esta persistente dualidad⁶⁶.

A) Modalidades contractuales para trabajadores jóvenes

La actual crisis económica está afectando de forma especial, aunque no únicamente, a los trabajadores jóvenes. En este contexto, la Ley 3/2012, de 6 de julio introdujo importantes novedades en el contrato para la formación y el aprendizaje con la finalidad de, según establece su exposición de motivos, “potenciar el empleo juvenil mediante la supresión de limitaciones injustificadas”.⁶⁷ Concretamente, entre las más importantes, en el ámbito subjetivo del contrato –ampliación de la, denominada, edad coyuntural máxima hasta los 29 años–, la duración – ampliación hasta tres años de la duración máxima del contrato– y la obligación empresarial de formación –eliminación de la formación dirigida a la obtención del título de graduado en ESO y posibilidad de impartir la formación en las instalaciones de la empresa o a distancia.⁶⁸

En materia de contratación laboral de trabajadores jóvenes menores de 30 años, la Ley 11/2013 introduce modificaciones y nuevas modalidades contractuales, dejando al margen –contrato a tiempo parcial con vinculación formativa-, destacaría, entre otras, las modificaciones operadas en el contrato para la formación y el aprendizaje; el

⁶⁵ El art. 3.uno.1. del RDL 16/2013 modifica el art. 6, apartado 2, párrafo 2º, el art. 7, apartado 1, y el art. 10, apartado 2, de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, que ya lo habían sido por la precedente Ley 11/2013 (a su vez precedida, en estas reformas sustantivas, por el RDL 4/2013 con el fin de comprender el contrato para la formación y el aprendizaje en los supuestos de utilización del contrato de puesta a disposición y permitir la celebración de dicho contrato formativo por empresas de trabajo temporal, para extender esa misma permisión a los contratos de trabajo en prácticas.

⁶⁶ RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., Y CASAS BAAMONDE, M.E., "Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral...cit., (LA LEY 151/2014).

⁶⁷ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "El contrato para la formación tras la reforma de 2012 y 2013", Aranzadi Social, núm. 11, 2104 (BIVB 2014/121).

⁶⁸ En relación con las novedades introducidas por la reforma laboral de 2012 en el contrato para la formación y el aprendizaje, véanse entre otros, LÓPEZ GANDÍA, J., «Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012», *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, p. 85-98 GINES Y FABRELLAS, A., “Nuevas modalidades contractuales para trabajadores jóvenes. a razón de la ley 11/2013 comunicaciones a la xxxii jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales. DE NIEVES NIETO, N., «Formación en el empleo y contratos formativos», en MONTROYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Directores), *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*, Cívitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 101-126;

contrato indefinido de un joven por una microempresa o empresarios autónomos (artículo 10); contrato temporal de primer empleo joven (artículo 12).

*Contrato para la formación y el aprendizaje

Las modificaciones del régimen jurídico de los contratos para la formación y el aprendizaje tuvieron por finalidad, según explicita el preámbulo de la Ley 3/2012, “potenciar el empleo juvenil mediante la supresión de limitaciones injustificadas”. Las reformas efectuadas fueron en la dirección de profundizar en la concepción de aquélla como un mecanismo dirigido a favorecer las posibilidades de empleo de ese amplísimo número de jóvenes que se encuentran desempleados.

En relación al ámbito subjetivo, la Ley 3/2012, de 6 de julio amplió el colectivo de personas potencialmente contratadas bajo esta figura, admitiendo que dicho contrato se celebre con trabajadores mayores de 16 años y menores de 25, pero extendiendo esta franja de edad para comprender, también, la contratación de menores de 30 años hasta que “la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15%”, excepción que dada la magnitud del desempleo en España es muy previsible no sea una medida coyuntural sino que proyecte sus efectos durante mucho tiempo⁶⁹.

Otro aspecto a destacar es el relativo a la posibilidad de encadenamiento de contratos formativos en la misma o distinta empresa. La limitación del encadenamiento de contratos para la formación y el aprendizaje del art. 11.2.c) ET experimenta una notable suavización aunque el precepto continúa disponiendo que “expirada la duración del contrato para la formación y el aprendizaje el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa salvo que la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional”. Esto es, ahora se toma como elemento determinante de la imposibilidad de celebrar un nuevo contrato no la actividad o la ocupación del contrato precedente sino la propia cualificación profesional, en si misma considerada que ha de ser diferente a la del anterior contrato. Lo que impide es que expirada la duración del contrato (que no necesariamente tiene coincidir con la duración máxima del contrato de formación o aprendizaje) se celebre un nuevo contrato con el mismo objeto del anterior que, según el inciso inicial del art. 11.2 del ET, es, precisamente, la obtención de una cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia. Pero si la cualificación es nueva aunque no haya agotado la duración máxima parece que podría celebrarse un nuevo contrato para distinta cualificación profesional.

* Contrato indefinido de un joven por una microempresa o empresario autónomo

El contrato indefinido de un joven por una microempresa o empresario autónomo, regulado en el artículo 10 Ley 11/2013, es un contrato específicamente dirigido a fomentar la contratación de trabajadores jóvenes desempleados menores de 30 años.

Para poder acogerse a esta modalidad contractual, las empresas o los trabajadores autónomos deberán reunir los siguientes requisitos: tener, en el momento de la celebración del contrato, una plantilla igual o inferior a 9 trabajadores; no haber tenido

⁶⁹ NUÑEZ-CORTÉS CONTERAS, P., “Modalidades de contratación y empleo joven, (novedades del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia” *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2014 (LA LEY 4775/2014).

ningún vínculo laboral anterior con el trabajador en cuestión.; no haber adoptado, en los 6 meses anteriores a la celebración del contrato, decisiones extintivas improcedentes. La limitación, concreta el precepto, afectará únicamente a las extinciones producidas a partir del 24.2.2013 y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo; no haber celebrado con anterioridad otro contrato con arreglo a este artículo, salvo que el contrato se extinga por causa no imputable al empresario o por resolución durante el periodo de prueba. En estos supuestos, se podrá celebrar un nuevo contrato al amparo de este artículo, si bien el periodo total de reducción no podrá exceder, en conjunto, de 12 meses.

Las empresas y los trabajadores autónomos que suscriban este contrato indefinido, a tiempo completo o parcial, con un joven desempleado menor de 30 años tendrán derecho a una reducción del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante el primer año de contrato. Esta bonificación, no obstante, no se aplicará en aquellos supuestos en que se concierte un contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (artículo 4 Ley 3/2012), un contrato fijo discontinuo (artículo 15.8 ET) o contrato indefinido incluido en el artículo 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo

*Contrato temporal de primer empleo joven

El art. 12 de la L 11/2013 apuesta de nuevo por la contratación temporal como instrumento de acceso al empleo de trabajadores jóvenes, mediante la creación de una figura dirigida a jóvenes desempleados menores de 30 años que carecen de experiencia profesional o que tienen un experiencia inferior a 3 meses, puede realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial su vigencia está en función de que la tasa de desempleo baje del 15%.

El contrato de primer empleo joven es, desde mi punto de vista, la medida dirigida al fomento del empleo juvenil más conflictiva introducida por la Ley 11/2013. El artículo 12 Ley 11/2013, “*para incentivar la adquisición de una primera experiencia profesional*”, permite la posibilidad de celebrar contratos temporales con jóvenes desempleados menores de 30 años que no tengan experiencia laboral o ésta sea inferior a 3 meses.

Este contrato de primer empleo joven se regirá por aquello establecido en el artículo 15.1.b) ET en relación con el contrato eventual y sus normas de desarrollo, salvo en algunos aspectos de su régimen jurídico. Así pues, se considerará causa del contrato la adquisición de una primera experiencia profesional. La duración mínima del contrato será de 3 meses y la máxima de 6 meses, salvo que se establezca una duración superior con convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, de ámbito inferior, sin que en ningún caso pueda exceder de 12 meses. El contrato deberá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. El contrato temporal de primer empleo joven, en tanto el artículo 12.2 Ley 11/2013 equipara su régimen jurídico al contrato eventual del artículo 15.1.b) ET, también puede suscribirse con trabajadores por una ETT para ser puestos a disposición de una empresa usuaria (Disp. Adicional 5ª Ley 11/2013).

B) Reducción de cotizaciones como medida de fomento de empleo. Tarifa plana

En el nuevo contexto de "recuperación gradual de la economía española" el RDL 3/2014 de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida, utiliza como *única* medida de política de fomento del empleo las subvenciones a la contratación y, en concreto, a la contratación estable, que las sucesivas reformas laborales españolas han practicado y nunca han abandonado.

Así pues, tras una sucesión incesante de reformas legislativas de la ordenación jurídica del mercado de trabajo y de las instituciones laborales el RDL 3/2014, de 28 de febrero, vuelve a la técnica más antigua y clásica de nuestro ordenamiento para incentivar el empleo y la contratación indefinida: la "reducción de las cotizaciones sociales para favorecer la creación neta de empleo estable", reajuste que la exposición de motivos de la nueva norma de urgencia califica hasta en dos ocasiones de "importante".

El éxito de esta política de empleo ha sido siempre fugaz y poco significativo, tanto para la creación de empleo, pues la contratación de trabajadores depende de la necesidad empresarial de producir, como para la reducción de la dual segmentación laboral, ya que mantiene el empleo condicionado en su duración a la de la bonificación en la cotización a la Seguridad Social. Sus efectos negativos en la descapitalización de fondos de la Seguridad Social, vía ingresos, son evidentes, como su proyección inmediata en la acción protectora del sistema, devaluada y corregida con factores de auto-sostenibilidad y de efectos desfavorables para los derechos de los beneficiarios.

La medida incentivadora que introduce el RDL3/2014 se articula mediante una denominada "tarifa plana", esto es, una reducción de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, exclusivamente por contingencias comunes, que arroja una cuota empresarial rebajada de cuantía uniforme para nuevas contrataciones indefinidas que mantengan el empleo neto durante al menos tres años. Se reduce la cuota empresarial por dichas contingencias, no, en consecuencia, por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional. Y no se reduce la cuota del trabajador que se mantiene en los términos ordinarios calculada sobre el importe íntegro de la base de cotización que le corresponda.

La cuota empresarial por contingencias comunes se reduce a 100 euros mensuales si la contratación indefinida es a tiempo completo; a 75 euros mensuales si la contratación indefinida es a tiempo parcial, cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 75 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable; y a 50 euros mensuales cuando la jornada de trabajo a tiempo parcial sea, al menos, equivalente a un 50 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable (art. único.1).

La contratación indefinida a tiempo parcial disfruta del beneficio empresarial de la tarifa plana, aunque no la cotización por las horas complementarias que realicen los trabajadores a tiempo parcial cuyos contratos den derecho a la reducción (disposición adicional única).

La incentivación a la contratación se dirige a todas las empresas, con independencia de su tamaño Salvo los excluidos por la propia norma: 1) relaciones laborales de carácter especial; 2) contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos;

3) contratación de trabajadores cuya actividad determine su inclusión en cualquiera de los sistemas especiales establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social; y 4) contratación de empleados que excepcionalmente pueda tener lugar en los términos establecidos en los artículos 20 y 21, y en la disposición adicional vigésima y vigésimo primera de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014. Y es aplicable a todos los contratos indefinidos, a tiempo completo y a tiempo parcial, siempre que se celebren entre el 25 de febrero de 2014, fecha del anuncio formal de la medida por el Presidente del Gobierno en el debate parlamentario del Estado de la Nación, y el 31 de diciembre de 2014.

Podrán acogerse a esta reducción las empresas, sin importar su tamaño o el sector de actividad al que pertenezca, que realicen una nueva contratación indefinida, cuando ésta implique el aumento de la plantilla de la empresa. Las empresas no podrán haber realizado despidos colectivos ni individuales declarados improcedentes en los seis meses anteriores a la celebración del nuevo contrato.

La empresa deberá mantener al trabajador durante tres años y no podrá rebajar la plantilla media de la empresa mientras se disfrute de dicha reducción en la cuota. En caso de incumplimiento de cualquiera de estos requisitos la empresa deberá abonar la diferencia entre la cotización abonada y la que correspondería si no se aplicara dicha deducción. Además las empresas beneficiarias no podrán tener deudas con la Administración, ni en el momento de la contratación, ni durante la aplicación de la reducción de la cuota⁷⁰.

3. Aplicación y efectos de la reforma

A pesar de las últimas reformas, la elevada tasa de temporalidad en la contratación, continúa siendo una de las principales preocupaciones del ejecutivo. Si bien es cierto que la pérdida de empleo temporal al comienzo de la crisis fue acusada, la temporalidad laboral se mantiene en un elevado porcentaje, siendo aún la más alta a escala comunitaria⁷¹, con la única excepción de Polonia, y con una diferencia que casi duplica las medias europeas. Las contrataciones indefinidas frenaron su ritmo de caída en los doce meses posteriores a la reforma en un entorno adverso, mientras que la contratación temporal caía a mayor ritmo.

Así pues, los datos correspondientes al año pasado continúan mostrando una preferencia, en términos interanuales, de la contratación temporal frente a la indefinida⁷² y que sería coherente con la existencia de incertidumbre sobre la evolución económica futura, la fuerte restricción del crédito y la alta incidencia de la estacionalidad en la contratación.

⁷⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V., "La tarifa plan de cotización a la Seguridad Social. (Real Decreto Ley 3/2012, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida", cit., págs. 26 y ss.

⁷¹ Los últimos datos estadísticos de Enero- junio de 2015, se registraron un total de 7840 contratos, de los cuales 638 fueron indefinidos y 7182, temporales. Fuente. Resumen Estadísticas del Ministerio de Empleo y la Seguridad Social.

⁷² El movimiento laboral registrado durante el 201(enero-octubre) establece una contratación laboral de 15.376.614 contratos, de los cuales 1.268.911 fueron indefinidos y 14.108.154 de naturaleza temporal. Fuente Estadística del MESS.

3.1. Contrato de apoyo a emprendedores: ¿un fracaso?

El contrato indefinido de apoyo al emprendedor es, sin duda, una de las grandes apuestas de la reforma laboral de 2012. A pesar de ello, puede afirmarse que su utilización, tras los primeros dos años desde su entrada en vigor, ha sido ciertamente escasa. De hecho, esta forma de contratación solo supone, según los últimos datos estadísticos a los que se ha tenido acceso, alrededor del 7% de todos los nuevos contratos fijos que se firman cada mes y representa solo el 44% de este tipo de contratos se ha acogido ya a bonificaciones⁷³.

Para determinar la plena eficacia de esta nueva figura contractual habría que analizar el seguimiento del mantenimiento en el empleo de las personas contratadas con el Contrato de Apoyo a Emprendedores (CAE). La tasa de supervivencia es muy cercana a la del resto de contrataciones indefinidas: los contratos no se extinguen sistemáticamente superado el año de duración.

Más específicamente, entre la reforma laboral y junio de 2013 se firmaron casi 120.000 contratos de este tipo, el 40% con jóvenes menores de 30 años, cuya contratación es el principal objetivo de los incentivos y el 39,0% con trabajadoras. En lo que refiere a evolución del número de contrataciones se observa una cierta evolución constante que se ve reflejada en el número de contrataciones de los últimos seis meses, con una media mensual de 8000 nuevos contratos⁷⁴. Así, entre los meses de febrero de 2012 y 2013, el contrato de emprendedores registró 89.300 incorporaciones al mercado laboral, mientras que entre 2013 y 2014 se registró un descenso de 5.000 contratos. Sin embargo, entre marzo de 2014 y febrero de 2015 se han registrado casi 100.000 incorporaciones; en concreto, 98.755, lo que supone un aumento superior al 17%⁷⁵.

Gran parte de los contratos se han firmado en sectores en los que la temporalidad es especialmente elevada. Más de la mitad de los contratos de emprendedores firmados hasta junio de 2014 se ha firmado en actividades en las que la incidencia de la temporalidad es elevada: comercio, hostelería y Construcción⁷⁶. No obstante lo anterior, la acusada incidencia de esta modalidad de contratación indefinida en sectores con elevada temporalidad debiera valorarse de forma positiva, puesto que es muy probable que muchos de los contratos se habrían formalizado en modalidades de contratación temporal de no haberse introducido la nueva modalidad indefinida.

Subsisten apreciables diferencias en el uso de este contrato por CCAA. Hay una mayor penetración del contrato en Aragón y, de forma destacada, Canarias, mientras que tiene una reducida incidencia en Andalucía y, menos notablemente, en Madrid. El distinto nivel de uso entre CCAA puede apuntar a diferencias en la difusión que se está produciendo en cada una de ellas sobre las ventajas del contrato, lo que puede estar relacionado con el ejercicio de las políticas de información y orientación en cada Comunidad.

Al margen de lo señalado, la cuestión más controvertida de esta nueva figura contractual es el relativo al período de prueba que puede funcionar como un "contrato

⁷³https://www.sepe.es/contenido/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html

⁷⁴https://www.sepe.es/contenido/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html

⁷⁵ Fuente : SEPE y Randstad

https://www.sepe.es/contenido/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html.

⁷⁶ Véase cuadro estadísticos SEPE citado.

temporal acausal" cuyo coste extintivo es nulo⁷⁷. De este modo, aunque el legislador pretende aunar la promoción del empleo estable y la creación de empleo, una vez más la temporalidad queda a la sombra del otro gran problema, el paro. Es más, nos encontramos ante la paradoja de que el efecto del reconocimiento del carácter indefinido del contrato hace de peor condición al trabajador indefinido bajo esta modalidad contractual que al temporal en lo relativo a su estabilidad en el empleo, puesto que a lo largo del primer año de vigencia del contrato el empresario puede ponerle fin de manera libre y gratuita⁷⁸.

Entre las razones que podrían argumentarse para justificar su poca utilización destacaría:

- El compromiso de mantener al trabajador al menos tres años, quizá muy elevado desde la perspectiva empresarial; compromiso que no se rompe si el despido es por causas objetivas y es procedente, ni si se extingue la relación durante el periodo de prueba que dura un año.
- La preferencia, como rol cultural, por los contratos de duración determinada. Por más que un contrato indefinido sea más barato que uno de duración determinada (en términos generales paga un poco menos de Seguridad Social; este tipo en concreto está muy bonificado y con otras ayudas fiscales) para puestos fijos se tiende a contratar de forma temporal.
- El desconocimiento por parte de muchos empresarios de esta nueva figura contractual.

En definitiva, nos encontramos ante una modalidad de contratación la cual funciona, aunque no con el objetivo que se pretendía, en la medida en que cada vez se crean más contratos bajo esta modalidad, pero renunciando a los incentivos que ofrece.

A pesar de ello, quizá con la reforma de la jornada en esta nueva figura contractual, que permite su realización a tiempo parcial, repunte su utilización aunque, aún sería pronto para realizar una predicción de futuro sobre su aplicación y eficacia.

3.2. La eficacia de la simplificación de los modelos contractuales

El Consejo de Ministros, en su reunión del 20 de diciembre de 2013, con efectos de 1 de enero de 2014, aprobó la simplificación de los contratos laborales, que pasan de 42 tipos distintos a tan solo 4. Además, el ejecutivo dio luz verde al procedimiento informático que facilitaría a las empresas la contratación mediante vía telemática⁷⁹.

De esta forma, el Gobierno ha optado por una solución salomónica, entre las peticiones de contrato laboral único de las organizaciones empresariales y el rechazo de los sindicatos a la reducción del número de formularios a uno de los siguientes modelos: indefinido, temporal, en prácticas y para la formación y el aprendizaje.

⁷⁷ GOERLICH PESET, J.M^a., "El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general", en AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012 (LA LEY 1904/2012)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág.26.

⁷⁸ ROQUETA BUJ, R., "Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores", cit., (LA LEY 18649/2012).

⁷⁹ GÓMEZ, S., "La simplificación de los contratos laborales", *Noticias jurídicas*, marzo 2014. <http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho-Laboral/201403-la-simplificacion-de-los-contratos-laborales.htm>

Entre los motivos y objetivos principales de la reforma se sitúa, una vez más, el elevado número de contratos que suponía un claro perjuicio especialmente a las pymes y suponía un obstáculo en el desarrollo de la actividad económica en este tipo de organizaciones. En consecuencia, la simplificación y reducción a solo cuatro tipos ayudaría a dinamizar las empresas y contribuirá a aumentar el número de contrataciones estables.

En esta misma línea, desde el día 1 de enero de 2014 se ha puesto en marcha un asistente virtual, que simplificará la tramitación de los contratos por vía telemática. Una útil herramienta pensada, fundamentalmente, para las pequeñas empresas y los autónomos.

Responsables de recursos humanos y expertos laborales han manifestado que la creación de empleo estable, que es el principal objetivo de la medida, no sólo depende de estos cambios en los modelos contractuales. En la dinamización económica y en la creación de un modelo productivo sostenible influyen otros muchos factores y, al final, la posibilidad de hacer contratos indefinidos depende de la situación de cada empresa en particular⁸⁰.

Por la actualidad de la medida, no resulta posible analizar su eficacia; sin embargo, sí que podría aventurarse a predecir que la medida no supone la eliminación de obstáculos burocráticos y difícilmente implicará, por sí misma, la creación de más empleo de calidad. Y es que los cambios normativos tienen una escasa relevancia, en el momento en el que las empresas han de elegir tipo de contrato.

En este sentido, hubiera sido deseable que el legislador hubiese realizado una simplificación real y efectiva, por el contrario, puede constatarse que lo que ha llevado a la práctica ha sido una reordenación y sistematización de los modelos existentes. En efecto, a lo que el Gobierno llama una simplificación de las modalidades contractuales en nuestro país, no es más que la integración dentro de los cuatro modelos de existentes, de todos y cada uno de los tipos de contratos vigentes con anterioridad.

Se ha hecho otra clasificación que los divide entre grupos y categorías/modalidades de tal forma que de los cuatro modelos las páginas que tiene por ejemplo el modelo de contrato indefinido han pasado de 2 a 21. Se han camuflado las diferentes categorías contractuales anteriores sobre la base de cláusulas específicas.

A pesar de que el tiempo determinará la eficiencia de las modificaciones señaladas, ahora cabe constatar que la reducción señalada no es tal y, difícilmente, promocionará la contratación.

3.3. Contrato de trabajo a distancia: ¿avanzando hacia el futuro?

La regulación de esta figura se adecua al objetivo general de fomento del empleo, por tratarse de una modalidad contractual que se acomoda a los nuevos métodos organizativos de la empresa y, mucho más, a la flexibilidad demandada a nivel nacional e internacional, como característica básica de las relaciones laborales.

⁸⁰ GÓMEZ, S., "La simplificación de los contratos laborales" ...cit., <http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho-Laboral/201403-la-simplificacion-de-los-contratos-laborales.htm>

A pesar de que no existen datos estadísticos sobre la aplicación y número de contratos formalizados tras la reforma, lo que resulta indudable es la proliferación del teletrabajo como una modalidad de contrato de trabajo a distancia, donde por motivos personales y familiares se demuestra un avance hacia la instauración definitiva del teletrabajo como una opción mayoritaria de los trabajadores españoles.

Sin embargo, la realidad es que sólo un 26% de los españoles realiza trabajos desde casa, mientras en Europa la media es de un 35%. Más específicamente, el INE (Instituto Nacional de Estadística) ya en el año 2009, constató que más de un 51.3% de los hogares en España disponen de equipos y conexión de banda ancha a Internet, que el número de internautas creció un 6,0% acercándose a los 21 millones de personas y que el 15,7% de la población utiliza el comercio electrónico⁸¹. Todos estos datos nos indican que en España estamos preparados para estar conectados desde casa y por tanto hacer teletrabajo. Entonces, ¿por qué España no adopta en mayor medida la práctica del teletrabajo? Por una parte, quizá se debe a razones de carácter cultural, una mala entendida necesidad de control presencial, a lo que podría sumarse el hecho de que el tamaño medio de la empresa española es comparativamente reducido e implica un retraso en la implantación de las nuevas tecnologías que facilitan el teletrabajo⁸².

No obstante lo anterior, resulta evidente que se trata de una nueva forma de trabajo que facilita la conciliación de la vida personal, laboral y familiar y, por ende, la productividad.

3.4. Contratación a tiempo parcial: la eficiencia de la jornada inestable

La amplia variedad de modalidades de trabajo a tiempo parcial que existen actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, obedece en gran parte a la satisfacción del interés empresarial por dotar de mayores dosis de flexibilidad a las relaciones laborales existentes en su empresa. Pese a ello, la utilización de este contrato en nuestro país sigue siendo escasa, a pesar del repunte en los últimos años y comparativamente respecto de otros países europeos⁸³, quizá por la lenta aceptación social de esta figura, fundamentalmente debida a la precariedad y la inseguridad que en la actualidad rodea a esta medida de política de empleo.

Desde la reforma laboral se ha producido un fuerte incremento de las contrataciones a tiempo parcial. Las modificaciones que introdujo la reforma laboral para favorecer el contrato a tiempo parcial, han contribuido a su auge. En los cuatro trimestres posteriores a la reforma laboral, el empleo a tiempo parcial se incrementó en 155.700 personas, cuando en los cuatro trimestres anteriores se perdieron más de 60.000 empleos en esta modalidad. En el sector privado, frente a una caída de 48.900 ocupados, después de la reforma han aumentado en 166.500. Así, el ritmo al que se ha incrementado el empleo a tiempo parcial en los últimos trimestres es el mayor de toda la crisis⁸⁴.

⁸¹ Datos estadísticos pueden consultarse en la página web del INE.

⁸² THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo*, CES, Madrid, 2000.

⁸³ Véase cuadro estadísticos SEPE citado.

⁸⁴ Servicio de Empleo Público Estatal, en el primer semestre de 2013 la contratación indefinida a tiempo parcial, excluyendo del cómputo a los contratos de trabajadores del hogar.

Con datos de contratación registrada en el Servicio de Empleo Público Estatal, en el primer semestre de 2013 la contratación indefinida a tiempo parcial, excluyendo del cómputo a los contratos de trabajadores del hogar, se incrementó en un 8,9% respecto al primer semestre de 2012.

Este incremento debe ser valorado de forma muy positiva. Por un lado, la incidencia de este tipo de contratación es todavía reducida en España, a pesar de su importancia para la conciliación y la transición entre periodos formativos y el empleo, así como para simultanear empleo y formación, una práctica todavía limitada en España. Por otro lado, es posible que el empleo a tiempo parcial constituya un paso previo a la contratación a tiempo completo cuando se inicie la recuperación económica.

Además, un alto grado de flexibilidad en la contratación indefinida a tiempo parcial es una fuente de variación para la organización del trabajo y, como tal, constituye una alternativa a la contratación temporal, por lo que su desarrollo contribuye a la lucha contra la dualidad. En este sentido, en términos de empleabilidad debiera ser más beneficioso encontrar un empleo a tiempo parcial que el desempleo, aunque el trabajador aspire a trabajar a tiempo completo. Es necesario recordar en este sentido el fuerte deterioro de la empleabilidad conforme transcurre tiempo en desempleo: la probabilidad de encontrar un nuevo empleo es mucho menor.

-No obstante lo anterior, en relación con los cambios normativos más recientes sobre esta figura contractual cabría señalar:

- Confusión y falta de precisión en su nomenclatura toda vez que la nueva categoría de horas complementarias que denomina "de aceptación voluntaria" con muy poco rigor, por cuanto todas las son, medie o no pacto escrito previo.
- La acumulación de horas complementarias en los contratos a tiempo parcial no sólo ha de observarse desde una perspectiva cuantitativa, sino también cualitativa. Así, además de suponer la posible extensión de la jornada, implica la concesión de una importantísima dosis de flexibilidad en la determinación del tiempo de trabajo del trabajador –con incidencia horaria directa– en interés del empresario, con la consiguiente exigencia de disponibilidad de aquél respecto de éste.
- La posibilidad de ampliar la jornada de los trabajadores a tiempo parcial contraviene el reparto del tiempo de trabajo, que debiera ser prioritario en un contexto de elevadas tasas de desempleo como las que se registran actualmente en nuestro país.
- Con todo, se considera que, aun siendo el objetivo de la eliminación de las horas extraordinarias y la simultánea introducción de esta nueva categoría de horas complementarias el abaratar el coste para el empresario del alargamiento de jornada, también produce un efecto favorable para el trabajador. Ello se debe a que la única forma de retribución de estas horas es su abono en metálico, mientras que respecto de las extraordinarias, junto con su pago dinerario se permite alternativamente su compensación con descanso en los cuatro meses siguientes a su realización, lo que puede añadir mayor inestabilidad de jornada - con efecto directo sobre el horario de trabajo-, sin suponer un incremento del salario habitual, que tan necesario resulta en los contratos a tiempo parcial, dado el salario reducido que en una valoración global perciben los trabajadores.

El resultado de esta compleja regulación de las horas complementarias es una profunda deformación de la figura del contrato de trabajo a tiempo parcial. De este modo, el plus de flexibilidad que supone el incremento cuantitativo y cualitativo de las horas

complementarias incide en la adaptabilidad que ya es nota intrínseca en estos contratos. En consecuencia, se inyectan dosis de flexibilidad en un contrato que en esencia ya lo es, desdibujando con ello sus contornos. Quizá no sea exagerado afirmar que la reforma laboral en materia de trabajo a tiempo parcial no va en esa dirección, sino en la de profundizar, aún más si cabe la idea de la flexibilidad del tiempo de trabajo, pero sólo a favor de una de las partes, la empresa⁸⁵.

En definitiva, estos cambios incentivan el trabajo por horas pero dejan sin solución los problemas estructurales del sistema contractual laboral, de tal forma que es previsible que aumente el empleo a tiempo parcial, sin que disminuya de manera significativa la contratación temporal.

4. Conclusiones

El propósito de la reforma laboral de garantizar un marco laboral justo, seguro y flexible no se ha conseguido, pese a los esfuerzos reformadores; quizá ello obedezca a que las reformas laborales en nuestro país se acometen en ciclos económicos recesivos, lo que lleva a que medidas estructurales se confundan con otras meramente coyunturales.

La situación económica de un país influye de manera decisiva en la evolución del mercado de trabajo y en especial en el número y calidad de la contratación. No obstante, no debe obviarse que en una coyuntura negativa, se podrá, en el mejor de los casos, paliar los problemas, pero nunca se va a poder contrarrestar los efectos negativos producidos por una situación de crisis económica.

El tipo de trabajo y de trabajador que requiere una economía con fuerte presencia sectorial de la agricultura, el turismo o la construcción, por ejemplo, no puede ser el mismo que otra donde los sectores líderes son las energías renovables, el transporte o la industria. Solo teniendo esto en cuenta, se explica, por ejemplo, que la misma norma laboral en todo el territorio nacional sea compatible con tasas de paro muy desiguales según realidades económicas provinciales diferentes y que, en determinadas geografías sea compatible fuertes tasas de crecimiento de la actividad económica con tasas de paro resistentes a la baja.

A pesar de que buena parte de los contratos temporales que se suscriben en nuestro país pueden resultar fraudulentos o abusivos, es innegable que el mercado laboral español tiene unas necesidades legítimas de empleo estacional, particularmente acusadas. La cuestión a abordar ahora sería la relativa a determinar qué modalidades temporales podrían permanecer en un esquema de contratación laboral esencialmente basado en un contrato indefinido flexible y, lo que es más importante, cómo podría encajar el trabajo auténticamente estacional dentro del modelo propuesto.

Las variaciones normativas respecto de los límites y garantías de la contratación temporal podrían revelar cierto recelo por parte del legislador a que los empresarios, lejos de sustituir la contratación temporal por la indefinida, dejen de contratar. Dicho de otra manera, en según qué circunstancias, para el legislador cualquier puesto de trabajo que se genere, por precario que sea, resulta válido. Esto puede justificarse por el contexto económico depresivo que se vive, pero no hace sino dificultar las soluciones

⁸⁵ MIÑARRO YANINI, M., " El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia", cit., (LA LEY 936/2014).

que requieren los defectos estructurales de nuestro mercado laboral. Conscientes de que nos movemos en una economía cada vez más globalizada, habría que plantearse la necesidad de abrir el debate sobre la posibilidad real que ofrece nuestro marco de relaciones laborales, de competir con los países de nuestro entorno europeo.

Hay que mejorar la competitividad de nuestras empresas y ofrecer unas circunstancias, económicas y laborales, que eviten el efecto pernicioso de la deslocalización. No puede obviarse la evolución de las características de nuestro mercado de trabajo. La incorporación de la mujer, el incremento espectacular de la inmigración y la extensión de la prejubilación, otorgan un perfil de la población activa muy distinto con el paso de los años. Cualquier reforma del marco laboral que se plantee debe tener en cuenta las circunstancias actuales del mercado de trabajo y dar respuestas adecuadas para resolver los problemas reales.

Parece incuestionable que las últimas reformas laborales han contribuido de manera significativa a incrementar la flexibilidad interna de las empresas y a moderar los costes derivados del despido; sin embargo, como ha quedado demostrado, la mayoría de las medidas encaminadas a evitar la segmentación del mercado de trabajo no han tenido el efecto anunciado, pues el descenso en la tasa de temporalidad experimentado en los últimos años responde principalmente a los devastadores efectos que tiene la crisis económica en los trabajadores temporales. Es por ello que un debate sosegado, informado y abierto sobre una profunda reforma de la contratación laboral en España resulta más necesario que nunca.

III. EL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES: FORTALEZAS Y DEBILIDADES JURÍDICAS

Camino Ortiz de Solórzano Aurusa

Prof. Titular (i) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

1. Introducción. El régimen jurídico del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁸⁶ contempla, entre las medidas de fomento de la contratación indefinida, el denominado contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, que persigue facilitar el empleo estable, al tiempo que potenciar la iniciativa empresarial y la contratación de trabajadores por las pequeñas y medianas empresas. Se trata, sin embargo, de una medida de fomento del empleo coyuntural, puesto que la propia norma limita la posibilidad de celebración de este tipo de contrato hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento⁸⁷.

El régimen jurídico de este contrato se encuentra establecido fuera del Estatuto de los Trabajadores –concretamente en el artículo 4 de la Ley 3/2012, reformado por el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre⁸⁸– y ha sido declarado ajustado a la Constitución, en su aspecto más controvertido, por sendas sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en 2014 y 2015, a las que se hará referencia más adelante.

Este tipo de contrato sólo es accesible para aquellas empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores en el momento su celebración. No obstante, para evitar estrategias abusivas de sustitución de trabajadores, rige una prohibición de uso para las empresas que hubieran adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores, por lo que no podrán utilizar este tipo de contrato para ocupar los puestos de trabajo vacantes por dichas decisiones, ni otros del mismo grupo profesional y centro de trabajo.

El contrato debe celebrarse por tiempo indefinido y puede establecerse tanto a jornada completa como a tiempo parcial⁸⁹, debiéndose formalizar en todo caso por escrito. El contrato puede celebrarse con cualquier trabajador, aunque para que el empresario pueda acogerse a los incentivos fiscales y de seguridad social previstos en la norma es preciso que se contrate a personas pertenecientes a determinados colectivos con mayores dificultades para acceder al mercado de trabajo.

⁸⁶ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012. Esta Ley trae causa del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012).

⁸⁷ Vid. el apartado 2 de la Disposición Transitoria Novena de la Ley 3/2012.

⁸⁸ Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 2013).

⁸⁹ La posibilidad de celebración a tiempo parcial se introdujo por el RD Ley 16/2013, de 20 de diciembre.

El régimen jurídico del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores es el propio del contrato de trabajo indefinido ordinario, con la salvedad del periodo de prueba, que será en todo caso de un año, aunque no podrá pactarse cuando el trabajador hubiera desarrollado las mismas funciones en la empresa bajo cualquier modalidad de contratación⁹⁰.

Además de este incentivo institucional –que se traduce en la posibilidad de desistimiento libre durante el periodo de prueba– el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores puede gozar de otras ventajas de tipo económico.

En primer lugar, en el caso de que el contrato de trabajo se celebre a tiempo completo⁹¹, está previsto que el trabajador pueda, voluntariamente, compatibilizar el salario con la percepción de un 25 por ciento de la prestación contributiva por desempleo pendiente de percibir. Los únicos requisitos al respecto son que el trabajador lo solicite dentro del plazo previsto –15 días a contar desde la fecha de inicio de la relación laboral– y que hubiera percibido la prestación por desempleo durante, al menos, tres meses antes de la celebración del contrato. A su finalización –siempre y cuando se produzca la situación legal de desempleo–, el trabajador puede optar por reanudar la prestación que venía percibiendo al momento de su contratación –de la que se entenderá consumido sólo el 25 por ciento del tiempo de compatibilización con el salario– o bien solicitar una nueva prestación, calculada conforme a las nuevas cotizaciones efectuadas.

En segundo lugar, está prevista una bonificación de la cuota empresarial a la seguridad social durante tres años, cuando se contrate a desempleados inscritos en la oficina de empleo que sean, o bien jóvenes entre 16 y 30 años –ambos inclusive–, o bien mayores de 45 años. En todo caso, la bonificación consiste en una minoración de las cuotas de seguridad social a tanto alzado, en la cuantía prevista en la norma, que se incrementa cuando se contrate a una mujer en ocupaciones en las que están menos representadas⁹². Mientras que en el caso de los mayores de 45 años la bonificación permanece inalterada durante el tiempo en que ésta es aplicable, en el caso de la contratación de jóvenes la cuantía de la bonificación se incrementa progresivamente en el segundo y tercer año de vigencia del contrato⁹³. Si el contrato de trabajo se celebra a tiempo parcial, las bonificaciones se disfrutarán en la cuantía proporcional a la jornada de trabajo pactada en el contrato.

⁹⁰ La exclusión del periodo de prueba cuando el trabajador hubiera realizado ya las mismas funciones con anterioridad en la empresa no estaba prevista en la redacción inicial del precepto en el RDLey 3/2012, siendo introducida en la tramitación parlamentaria de la norma como proyecto de Ley.

⁹¹ Si el contrato se celebra a tiempo parcial, le son aplicables las disposiciones establecidas con carácter general para la compatibilidad del contrato de trabajo a tiempo parcial con las prestaciones y subsidios por desempleo, previstas en la Ley General de Seguridad Social (artículo 221.1) y normas reglamentarias de desarrollo.

⁹² La identificación de las profesiones y ocupaciones con menor índice de empleo femenino se llevó a cabo por la OM de 16 de septiembre de 1998, en relación con la clasificación nacional de ocupaciones 2011, aprobada por Real Decreto 1591/2010, de 26 de noviembre, que se aplica desde el 1 de enero de 2011.

⁹³ Concretamente, las bonificaciones previstas son las siguientes: en el caso de los jóvenes de 16 a 30 años: 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) durante el segundo año y 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año. En el caso de que se contrate a mujeres en ocupaciones en las que están menos representadas, las citadas cuantías se verán incrementadas en 8,33 euros/mes (100 euros/año). Si el contrato se celebra con trabajadores mayores de 45 años la bonificación aplicable es de 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) o de 125 euros/mes (1.500 euros/año) si se trata de mujeres en ocupaciones en las que están infrarrepresentadas.

Por último se contemplan deducciones fiscales, que pueden aplicarse en la cuota íntegra del Impuesto sobre Sociedades del periodo impositivo correspondiente a la finalización del periodo de prueba de un año⁹⁴, y que consisten en:

a) Una deducción directa de 3.000 euros de la cuota íntegra del impuesto, para aquellas empresas que contraten su primer trabajador a través de esta modalidad contractual, siempre y cuando se trate de un trabajador menor de 30 años.

b) Una cantidad adicional a deducir de la cuota íntegra del impuesto (que asciende a la menor de las siguientes cantidades: el 50% de la prestación por desempleo pendiente de recibir por el trabajador en el momento de su contratación o el 50% del importe correspondiente a doce mensualidades de la prestación por desempleo que tuviera reconocida) aplicable en caso de contratar –a través de esta modalidad de contratación– a un desempleado perceptor de la prestación contributiva por desempleo que la hubiera recibido, como mínimo, durante tres meses⁹⁵.

Las deducciones fiscales se aplicarán de manera proporcional a la jornada de trabajo cuando el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores se celebre a tiempo parcial.

Como contrapartida por el disfrute de los incentivos vinculados al contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, se exige a la empresa el mantenimiento del contrato de trabajo al menos durante tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral, así como mantener el nivel de empleo alcanzado con dicha contratación durante al menos un año desde la celebración del contrato. En caso contrario, surge para el empresario la obligación de reintegro de los incentivos percibidos, a sabiendas de que no se considera incumplida la obligación de mantenimiento del empleo en caso de despido por causas objetivas o disciplinario –declarado o reconocido como procedente–, ni por extinción del contrato por expiración del tiempo convenido, realización de la obra o servicio, o por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente del trabajador.

2. El período de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: aspectos conflictivos desde el punto de vista de la legalidad ordinaria

El aspecto más controvertido de la regulación del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores es, sin lugar a dudas, el periodo de prueba tal y como está recogido en la norma y, muy especialmente, su duración anual.

Durante la tramitación parlamentaria de la norma, los debates en torno a esta modalidad contractual –tanto para la convalidación del inicial Decreto-Ley, como en la tramitación como proyecto de Ley– se centraron en este aspecto del contrato⁹⁶. A juicio de la

⁹⁴ Actualmente, estas deducciones fiscales están previstas en el artículo 37 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre sociedades, norma a la que hay que entender referida la remisión que la Ley 3/2012 realiza al derogado Texto Refundido de la Ley sobre el Impuesto de Sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo).

⁹⁵ Esta deducción se aplica respecto de los contratos realizados en el periodo impositivo hasta alcanzar la plantilla de 50 trabajadores y, siempre que, en los doce meses siguientes al inicio de la relación laboral, se produzca un incremento de la plantilla media total de la entidad en, al menos, una unidad respecto a la existente en los doce meses anteriores.

⁹⁶ Los debates de esta iniciativa se contemplan tanto en el Diario de Sesiones del debate referido a la convalidación del Real Decreto-Ley (Diario de Sesiones del Pleno del Congreso de los Diputados de 8 de marzo de 2012) http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/PL_017.PDF#page=2; como en los Diarios de Sesiones de la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados

mayoría de los partidos políticos en la oposición⁹⁷, una medida de este tipo, en realidad, falsea el nombre del contrato –llegándose a hablar incluso de una auténtica descausalización– y desvirtúa la naturaleza propia del periodo de prueba. También desde la oposición, se subrayó que con la previsión de un periodo de prueba de un año, en realidad se está convirtiendo el periodo de prueba en un mecanismo específico de fomento del empleo, cuando esa no es la función propia del periodo de prueba, que consiste en evaluar la capacidad del trabajador para asumir las funciones que le corresponden en su puesto de trabajo. Ello entraña además, a juicio de la oposición, la vulneración de la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, en la medida en que ésta viene estableciendo que el periodo de prueba está concebido para evaluar las aptitudes subjetivas y objetivas del trabajador para el desempeño de cierto puesto de trabajo concreto.

Frente a dichos argumentos, la defensa de esta medida por parte del Gobierno se centró en la necesidad promover la contratación indefinida –especialmente de los jóvenes y de otros colectivos con grandes dificultades de inserción en el mercado laboral– y de hacerlo, especialmente, en el ámbito de las empresas de menos de 50 trabajadores, ya que tales empresas suponen la gran mayoría del tejido productivo español⁹⁸. Para ello, este contrato concentra las bonificaciones y ayudas fiscales en torno a la contratación de jóvenes, mujeres y parados de larga duración, y además –en opinión gubernamental– solo financia el empleo verdaderamente estable⁹⁹. Se alegaba, también, la existencia de convenios colectivos –de empresa y sectoriales– que, en ejercicio de la libertad que otorga el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, permiten la duración de un año del periodo de prueba, lo que avalaría la regulación contenida en la norma debatida, especialmente si se tiene en cuenta que es aplicable únicamente en el caso de Pymes y autónomos, con una clara finalidad de fomento del empleo indefinido.

El periodo de prueba previsto en el contrato de apoyo a los emprendedores parece incidir en dos de los elementos configuradores del régimen jurídico del periodo de prueba previsto en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores –Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre–: su carácter facultativo y la previsión de una duración máxima de la prueba.

De la regulación estatutaria se deduce que sólo existe periodo de prueba cuando así se pacte expresamente –y por escrito– en el contrato de trabajo. Sin embargo, la previsión de que en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores la duración del periodo de prueba sea *en todo caso* de un año, hace surgir la duda de si con ello se pretende incorporar necesariamente en esta modalidad contractual un periodo de prueba con la citada duración o si es preciso en todo caso el acuerdo de las partes¹⁰⁰.

durante la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Diario de Sesiones de la Comisión de Empleo y Seguridad Social de 24 de abril de 2012) http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/CO_084.PDF#page=2

⁹⁷ Este Real Decreto-Ley, en el momento de su convalidación, recibió el apoyo del Partido Popular, de Convergència i Unió, así como de Foro Asturias y de Unión del Pueblo Navarro.

⁹⁸ En concreto, según los datos del Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística (INE) que recoge la exposición de motivos del RD Ley 3/2012, las empresas de 50 o menos trabajadores suponían el 99,23% de las empresas españolas, en el momento de la aprobación de la norma.

⁹⁹ En palabras de la propia Ministra de Empleo en el debate parlamentario: “Sí, señorías, empleo verdaderamente estable, porque el empresario deberá mantener al trabajador en nómina al menos tres años; de lo contrario, tendrá que proceder por incumplimiento al reintegro de dichos incentivos”.

¹⁰⁰ La confusa redacción de esta norma es puesta de manifiesto por MOLINA NAVARRETE, C.: “De las “reformas laborales” a un nuevo, e irreconocible, “Estatuto del trabajo subordinado””, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 348 (2012), pág.44.

La remisión en bloque del régimen jurídico del contrato al Estatuto de los Trabajadores –y convenios colectivos aplicables–, con la única excepción de la duración del periodo de prueba, implica que éste queda supeditado en todo lo demás a lo dispuesto en el artículo 14 ET. De tal manera que, al no establecerse expresamente la incorporación automática del periodo de prueba en este tipo de contrato, debe entenderse sólo existirá cuando sea pactado de forma expresa y por escrito por las partes¹⁰¹. La anterior conclusión se refuerza con la previsión incorporada en la tramitación parlamentaria de la norma que excluye el periodo de prueba cuando el trabajador ya hubiera desempeñado las mismas funciones en la empresa bajo cualquier modalidad de contratación. Ello pone de manifiesto que esta figura contractual puede funcionar al margen del establecimiento del periodo de prueba de un año¹⁰². Cuestión distinta es la virtualidad práctica de esta voluntariedad en el establecimiento del periodo de prueba, ya que parece poco verosímil no pactarlo en la realidad, habida cuenta de los beneficios que reporta para el empresario y dada la vinculación de los incentivos fiscales asociados a este tipo de contrato a la finalización de un periodo de prueba anual. Ahora bien, en caso de estipularse un periodo de prueba la Ley no deja margen de duda: su duración será en todo caso de un año, sin que sea posible para la autonomía individual o colectiva disponer una duración distinta de la prueba en el ámbito de este contrato.

Precisamente, la duración del periodo de prueba es el aspecto que provoca mayores dudas de oportunidad, e incluso de constitucionalidad, del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Sin perjuicio de lo que se dirá en relación con la constitucionalidad de la medida más adelante, parece necesario reflexionar hasta qué punto es compatible con la naturaleza propia del periodo de prueba.

La finalidad del periodo de prueba es el reconocimiento recíproco de los contratantes y el conocimiento de las aptitudes de la contraparte, a efecto de valorar el grado de satisfacción con la relación laboral que se inicia. De modo particular, permite al empresario verificar las aptitudes, habilidades y capacidades del trabajador, permitiéndole durante el periodo de prueba desistir del contrato de trabajo sin necesidad de alegar justa causa, ni abonar indemnización alguna al trabajador. El régimen de extinción del contrato *ad nutum* durante el periodo de prueba –aun siendo común para ambas partes del contrato– resulta especialmente atractivo para el empresario, no así para el trabajador, que en cualquier momento de la relación laboral puede desistir del contrato sin necesidad de justificación causal. Por ello, es consustancial al periodo de prueba su carácter temporal y provisional. La mayor o menor duración de la prueba –atendiendo a la finalidad que le es propia– vendrá determinada por la mayor o menor complejidad del trabajo a desarrollar o de la cualificación del trabajador. Lo anterior explica que, cuando el Estatuto de los Trabajadores prevé una duración máxima del periodo de prueba –si quiera con carácter supletorio– distinga en función de la cualificación del trabajador y, en algunos casos, en función del tamaño de la empresa¹⁰³.

¹⁰¹ En este sentido, vid. MORENO GENÉ, J.: “La (in)constitucionalidad del periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores”, en AA.VV. (PUMAR BELTRÁN, N., coord.): *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales*”, Huygens Editorial, Barcelona, 2014, pág. 235.

¹⁰² De esta opinión, LÓPEZ TERRADA, E.: *Las modalidades de contratación en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 27.

¹⁰³ El artículo 14 ET se limita a establecer, con carácter supletorio, una duración máxima de seis meses para los trabajadores técnicos titulados y de dos meses para el resto de los trabajadores, con la salvedad –para estos últimos– de que se trate de empresas de menos de 25 trabajadores, en cuyo caso la duración máxima del periodo de prueba se incrementa hasta los tres meses. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de contratos temporales concertados por tiempo inferior a seis meses el periodo de prueba no podrá

El carácter esencialmente temporal del periodo de prueba, unido al carácter dispositivo de la regulación estatutaria –que al prever la duración máxima del periodo de prueba, lo hace de manera supletoria, en ausencia de convenio– ha llevado al Tribunal Supremo a pronunciarse sobre la adecuación de periodos de prueba pactados en convenio a la finalidad del periodo de prueba. Así, partiendo de la exigencia de adecuación entre la duración de la prueba y la finalidad propia de la institución, se han considerado desmesurados y abusivos periodos de prueba convencionales de uno o dos años, al no considerarse razonable que el empresario necesite de un periodo de prueba tan largo para comprobar la capacidad profesional del trabajador¹⁰⁴. Además, el TS ha sugerido que la excesiva duración del periodo de prueba podría encubrir situaciones de fraude de ley, al utilizarse de manera encubierta para obtener la funcionalidad real de los contratos temporales¹⁰⁵.

A la vista de lo anterior puede afirmarse que, con carácter general, la finalidad propia del periodo de prueba puede verse satisfecha con periodos de tiempo inferiores al año previsto en el contrato de apoyo a los emprendedores, por lo que la regulación de su duración supondría desnaturalizar el significado de esta institución¹⁰⁶, desnaturalización que resulta especialmente gravosa en la medida en que acentúa más el perfil de institución orientada a los intereses del empresario en detrimento del trabajador¹⁰⁷. Por lo demás, el hecho de que en el contrato de apoyo a los emprendedores la duración del periodo de prueba se establezca con carácter unitario, sin tener en cuenta la cualificación profesional del trabajador contratado, es una muestra más de la desconexión que se produce entre la finalidad propia del periodo de prueba y su regulación para este tipo de contrato¹⁰⁸.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha considerado –como se tendrá oportunidad de recordar más adelante– que en el específico caso del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, a la finalidad propia del periodo de prueba se añade también, especialmente en un momento de crisis económica, la posibilidad de verificar la viabilidad económica del puesto de trabajo, aspecto que justificaría según el Alto Tribunal la duración anual del periodo de prueba¹⁰⁹.

superar el mes de duración. Cabe recordar, por lo demás, que en determinados supuestos –contrato en prácticas o en la relación laboral especial de alta dirección– se prevén normativamente duraciones distintas del periodo de prueba.

¹⁰⁴ Vid. STS de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008/701) y STS de 20 de julio de 2011 (RJ 2011/6680).

¹⁰⁵ Así se desprende de la mencionada STS de 20 de julio de 2011.

¹⁰⁶ En la doctrina se manifiestan en este sentido, entre otros, MORENO VIDA, M^a. N.: “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, *Temas Laborales*, núm. 115 (2012), pág. 199 ó GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales” en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., dirs.): *Reforma Laboral 2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 63.

¹⁰⁷ En este sentido, MORENO GENÉ, J.: “La (in)constitucionalidad...”, cit., pág. 239.

¹⁰⁸ Así lo señala MORENO GENÉ, J.: “La (in)constitucionalidad...”, cit., pág. 240.

¹⁰⁹ STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 3º. No obstante, conviene señalar que, ya antes del pronunciamiento del TC, en la doctrina se había acogido la idea de que, en este específico contrato, el periodo de prueba buscaría más que verificar las aptitudes del trabajador, probar y experimentar la actividad empresarial y los puestos de trabajo para desarrollarla. Vid. en este sentido SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Apoyo al empleo estable y modalidades de contratación” en AA.VV. (MONTROYA MELGAR, A. y GARCÍA-MURCIA, J., dirs.): *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, pág. 70.

3. Análisis del periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores desde una perspectiva constitucional

Tras la aprobación de la norma, la polémica se ha trasladado al ámbito del Tribunal Constitucional, que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la adecuación a la Norma Fundamental de la duración anual del periodo de prueba en el contrato de referencia, en sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento de la Comunidad Foral Navarra y por ciento cuatro diputados del Grupo Parlamentario Socialista y once del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural¹¹⁰ del Congreso de los Diputados. Estos recursos han dado lugar, respectivamente, a las Sentencias 119/2014, de 16 de julio¹¹¹ y 8/2015, de 22 de enero¹¹².

En ambos casos se impugna el régimen del periodo de prueba establecido en el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores en el marco de un recurso más amplio, en el que también son objeto de recurso otras disposiciones de la reforma laboral de 2012 efectuada por la Ley 3/2012. En los dos procedimientos los recurrentes fundamentan la impugnación de la regulación del periodo de prueba en el contrato de que se trata, en la vulneración del art. 35.1 CE, garantizador del derecho al trabajo, así como del derecho a la igualdad –art. 14 CE–, a la negociación colectiva –art. 37 CE– y a la tutela judicial efectiva –artículo 24.1 CE– y lo hacen con argumentos prácticamente coincidentes. Por esta razón, el Alto Tribunal en su sentencia 8/2015 reitera de una manera resumida los argumentos vertidos con ocasión de la sentencia 119/2014. Lo anterior permite efectuar un examen de la adecuación de la norma impugnada con cada uno de los referidos derechos constitucionales a la luz de la sentencia de julio de 2014, que se convierte en el pronunciamiento constitucional de referencia en la materia¹¹³.

3.1. Derecho al trabajo (artículo 35. 1 CE)

Las principales dudas de orden constitucional que plantea la duración del periodo de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores se producen en relación con el derecho al trabajo, reconocido en el artículo 35.1 CE. Ante el Tribunal Constitucional se plantea por el recurrente la eventual infracción del derecho al trabajo que supone la fijación de un periodo de prueba de un año, ya que tal disposición permite al empresario resolver libremente el contrato, sin causa ni obligación de indemnizar, lo que supone romper el principio de causalidad del despido. Se considera también que un

¹¹⁰ Izquierda Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA) y Chunta Aragonesista (CHA).

¹¹¹ Acceso al texto de la Sentencia en el Boletín Oficial del Estado de 15 de agosto de 2014. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-8748

¹¹² Acceso al texto de la Sentencia en el Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero de 2015. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-1896

¹¹³ Un completo análisis de los dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia, puede verse en PÉREZ CAMPOS, A.I.: *El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 89 y ss.

plazo de esa duración es injustificado e irrazonable en términos del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1982¹¹⁴.

La Abogacía del Estado interesa la desestimación del recurso en lo que a la impugnación relacionada con el derecho al trabajo se refiere. Señala, entre otros argumentos, que no puede decirse que la norma impugnada desnaturalice el periodo de prueba, dado que lo que hace es establecer una excepción en el régimen legal y convencional del período de prueba en relación con su duración, dejando en todo lo demás intacta su regulación estatutaria. De una manera algo forzada, el Abogado del Estado considera que no puede decirse que la regulación impugnada permita un despido no causal, en la medida en que el despido se refiere a la extinción de una relación laboral por voluntad del empresario, mientras que la facultad de desistimiento inherente al período de prueba corresponde por igual a ambas partes de la relación laboral. Sostiene, además, que en un contexto de crisis económica, el empresario durante la prueba –además de otras verificaciones– también comprueba si el puesto de trabajo es viable económicamente.

Refuta el argumento de la irrazonabilidad de la duración del periodo de prueba, tomando en consideración la regulación del nuevo tipo de contrato en su conjunto, en particular el régimen de los incentivos vinculados al mismo, que está diseñado para desalentar la extinción del contrato antes de que transcurran tres años –y especialmente durante el primer año– lo que sirve de contrapeso respecto de la mayor duración del período de prueba. Apelando a una interpretación sociológica de la norma, la Abogacía del Estado considera que este contrato debe situarse en la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada, marcada por una elevadísima tasa de paro. Estaríamos ante un “derecho laboral para una coyuntura excepcional” que –a decir del propio Abogado del Estado– rige únicamente para una singular y probablemente minoritaria modalidad de contrato de trabajo indefinido, al estar al alcance solamente de pequeñas empresas. Afirmación cierta que encierra una paradoja, ya que un contrato que tiene como potenciales usuarias a la inmensa mayoría de las empresas de nuestro tejido productivo, no pasa de ser un contrato minoritario desde el punto de vista de su incidencia en el volumen total de contratos de trabajos celebrados en nuestro país.

El Tribunal Constitucional –en pleno– se refiere, en primer lugar, a la posible desnaturalización del periodo de prueba y pone de manifiesto que es un debate ajeno al control de constitucionalidad. Se afirma que el periodo de prueba es una institución de configuración legal y, como tal, tiene como único límite el de no contravenir las exigencias constitucionales¹¹⁵.

En relación con la eventual vulneración del artículo 35.1 de la Constitución, el Tribunal Constitucional –tras recordar su doctrina sobre la ponderación de derechos– analiza si la limitación al derecho al trabajo que puede derivar del precepto impugnado encuentra una justificación razonable y proporcionada, en atención a la preservación de otros derechos y bienes constitucionales. En este punto, el Alto Tribunal va deslizándose algunos argumentos que hacen intuir su posicionamiento final: el carácter coyuntural de

¹¹⁴ Convenio núm. 158 OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982 (ratificado por España el 26 de abril de 1985). El convenio establece como regla general la justificación de la extinción del contrato, pero permite que esta regla se module en el caso de que los trabajadores efectúen un periodo de prueba, siempre y cuando su duración se haya establecido de antemano y sea razonable (artículo 2.2, b).

¹¹⁵ Al respecto cabe plantearse hasta qué punto los conceptos dogmáticos –en este caso el periodo de prueba– están por completo en manos de la Ley, como sugiere SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La reforma de 2012 supera cuatro tachas de inconstitucionalidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.8 (2014), apartado 4 del ejemplar manejado de la base de datos westlaw.es (BIB 2014/3969).

la medida; el hecho de que la regulación introducida no difiera sustancialmente –salvo en su concreta configuración técnica– de medidas de actuación sobre la duración del contrato de trabajo que a lo largo del tiempo ha venido ensayando el legislador, como instrumento de apoyo a la creación de empleo; la existencia de diversos incentivos en favor de los empresarios, en forma de beneficios fiscales y de bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por la contratación de determinados colectivos de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo; así como la posibilidad de disponer de un período de tiempo, superior en principio al previsto con carácter común, durante el que poder constatar no sólo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad económica del puesto de trabajo.

Hechas estas consideraciones, el Tribunal Constitucional señala que, para valorar la adecuación constitucional de la norma impugnada, no basta con que la cuestionada duración de un año del período de prueba responda a una finalidad legítima, siendo además necesario que supere las debidas exigencias de razonabilidad y proporcionalidad. En este punto del enjuiciamiento el TC considera que es necesario ir más allá de la mera referencia a la duración de la prueba para, tomar en consideración otros elementos de esta modalidad contractual, algunos de las cuales suponen paralelas garantías en favor de los trabajadores y del empleo: su vigencia limitada en el tiempo, por cuanto, de conformidad con la Disposición transitoria novena de la Ley 3/2012, esta modalidad contractual solamente se podrá utilizar hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento¹¹⁶; la existencia de límites objetivos a su celebración, ya que –como se ha apuntado– únicamente pueden recurrir a este contrato las empresas de menos de cincuenta trabajadores siempre y cuando no hubieran adoptado decisiones extintivas en los términos y plazos previstos en la propia norma¹¹⁷; y, en fin, otras medidas disuasorias, como que para poder beneficiarse de los incentivos fiscales y de Seguridad Social, la empresa se comprometa a no modificar el nivel de empleo durante al menos un año desde la celebración del contrato asumiendo, además, el compromiso de mantener en el empleo al propio trabajador contratado durante al menos tres años, con obligación de reintegro de los beneficios disfrutados, en caso contrario. Siendo lo anterior plenamente cierto, el TC parece obviar que, en no pocas ocasiones, el mayor atractivo para el empresario en orden a la celebración del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores reside en el hecho de que éste pueda resolverse

¹¹⁶ Una previsión equivalente se ha incorporado en los últimos años en diversas medidas de fomento del empleo, por ejemplo en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. Aunque la cláusula implica el carácter temporal o coyuntural de las medidas respecto de las cuales se establece, lo cierto es que –desgraciadamente– dados los todavía elevados niveles del desempleo en los que nos encontramos –un 21,18% de tasa de desempleo, según la EPA del tercer trimestre de 2015, publicada por el Instituto Nacional de Estadística (INE) – puede ocurrir que este tipo de contratos tenga una vida más longeva que otros que se establecieron en su día con vocación de permanencia.

¹¹⁷ Sin embargo, la norma no incluye el desistimiento durante el periodo de prueba entre las extinciones contractuales relevantes para la prohibición de celebrar este tipo de contrato, lo que quizá hubiera sido razonable en relación con el objeto de creación de empleo estable que persigue este contrato. En este sentido vid. RAMOS MORAGUES, F.: “El contrato de apoyo a los emprendedores como medida de fomento del empleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 157 (2013), pág. 207; considera el autor que de este modo la propia norma permite que las empresas puedan encadenar sin límites contratos “indefinidos” de hasta un año de duración, siempre y cuando –eso sí– se celebren con trabajadores distintos.

libremente y sin coste alguno durante tan dilatado periodo de tiempo, más que en los importantes incentivos y bonificaciones asociados a esta figura contractual¹¹⁸.

A lo anterior se añaden –siempre a juicio del TC–, otras medidas “beneficiosas” para el trabajador, que servirían de balance o equilibrio respecto de la duración del periodo de prueba: la eventual compatibilización del salario con prestaciones contributivas por desempleo previamente reconocidas, o el mantenimiento del derecho a su percepción a la finalización del contrato; así como el reconocimiento de que, tras la superación del periodo de prueba, se consolida con plenos efectos la condición de trabajador indefinido. Al respecto de esta última consideración no deja de llamar la atención que el Alto Tribunal considere un beneficio del trabajador algo que es propio del régimen jurídico del periodo de prueba en todo caso, pues una vez superado el periodo de prueba sin que se haya producido desistimiento el contrato surtirá plenos efectos, como dispone el artículo 14.3 ET.

El Tribunal Constitucional recuerda que el derecho al trabajo previsto en el artículo 35.1 CE se concreta, en su vertiente individual, en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo; es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa¹¹⁹, así como en la existencia de una «reacción adecuada» contra el despido o cese, cuya configuración, en la definición de sus técnicas y alcance, se defiende al legislador¹²⁰; ahora bien, a la hora de entrar en la ponderación o juicio de razonabilidad y proporcionalidad, subraya que, antes del derecho a la estabilidad en el empleo, figura el derecho de acceso al mismo.

Con base en ello, y desde la perspectiva del artículo 35.1 CE, el Tribunal Constitucional, concluye que el periodo de prueba de un año constituye una medida que, dada la coyuntura económica y la limitación temporal, 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 en el fomento y creación de empleo estable. Y, consiguientemente, “*se trata de una disposición que no vulnera el art. 35.1 CE; en términos razonables y proporcionados pretende favorecer el acceso de desempleados a un puesto de trabajo estable, en el marco de una excepcional coyuntura de emergencia, caracterizada por elevadísimos niveles de desempleo, en ejecución del mandato que a los poderes públicos dirige el art. 40.1 CE*”.

Frente a la posición mayoritaria sostenida en la sentencia se alza un voto particular¹²¹ que considera que la duración del periodo de prueba prevista en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores es contraria al artículo 35.1 CE, por violación del principio de causalidad exigible en las decisiones empresariales de extinguir los contratos de trabajo.

El voto particular parte del conflicto que se produce entre el régimen causal de la extinción del contrato que deriva del derecho al trabajo *ex* artículo 35.1 CE y el periodo de prueba de un año que se prevé en la referida modalidad contractual, que se incardinaría entre los poderes empresariales que se derivan del artículo 38 CE, pero

¹¹⁸ Vid., en este sentido, SALCEDO BELTRÁN, C.: “Incumplimiento por España de los Tratados internacionales: Carta Social Europea y periodo de prueba”, *Revista de Derecho Social*, núm. 64 (2013), pág. 120.

¹¹⁹ Por todas, pueden verse, las SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8; y 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4.

¹²⁰ Vid. STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 2.

¹²¹ Voto particular formulado por el magistrado Valdés Dal-Ré, al que se adhieren los magistrados Asúa Batarrita y Ortega Álvarez.

concluye que ante esta colisión conflictiva la duración del periodo de prueba no supera “el más benevolente test de constitucionalidad”. De entrada, el magistrado discrepante niega que sean parámetro de constitucionalidad ni el carácter coyuntural de la medida, ni su comparación con medidas adoptadas en otras épocas, ni tampoco el reconocimiento de beneficios a los empresarios que recurran a esta modalidad contractual. Ni siquiera la vinculación entre la medida de que se trata y el mandato dirigido a los poderes públicos por el artículo 40.1 CE de realizar una política orientada al pleno empleo tiene consistencia constitucional a estos efectos.

Pero no solamente niega consistencia constitucional al canon de justificación objetiva – finalidad legítima–, sino que lanza idéntico reproche respecto del juicio de razonabilidad, porque la sentencia de la que se discrepa basa la superación de este juicio en los mismos argumentos empleados para fundamentar la finalidad de la medida. Al carecer tales argumentos de trascendencia constitucional no es posible “*abrir un diálogo divergente con la sentencia de la mayoría formulado en clave constitucional*”.

Finalmente, en relación con el juicio de proporcionalidad, el voto particular lo califica de insólito, por no realizarse en la sentencia el más leve contraste entre los dos derechos constitucionales en conflicto.

La crítica vertida en relación con el test de constitucionalidad que efectúa la sentencia, no obsta para que el magistrado discrepante recurra a los tres clásicos parámetros del juicio de proporcionalidad –adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto– para sostener la inconstitucionalidad del periodo de prueba que recoge la modalidad contractual de referencia, considerando que si bien pudiera superar el primero de los parámetros –necesidad o adecuación–, no así el segundo, por cuanto la medida no es la menos severa que se podría haber adoptado, instalándose por el contrario en un escenario aplicativo particularmente gravoso; ni el tercero, entre otros motivos, porque el juego de beneficios y sacrificios es claramente desequilibrado entre las partes: mientras para el empresario el beneficio de concreta en el ahorro de la indemnización; en el caso del trabajador, el perjuicio no solo consiste en la pérdida de dicha indemnización, sino que “*la principal desventaja reside en la privación del primero y más relevante de sus derechos laborales individuales: la garantía de no ver su contrato extinguido sin justa causa*”.

Estos argumentos, según el voto particular, llevan a concluir que la regulación objeto de examen en el recurso debía haberse considerado inconstitucional y, en consecuencia, nula, ya que la duración del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores restringe desproporcionadamente el principio de causalidad del despido, vulnerando así el contenido del derecho al trabajo.

3.2. Derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 CE)

Otro de los derechos cuya virtualidad puede ponerse en tela de juicio en el contexto de la regulación del periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores es el derecho a la negociación colectiva, reconocido en el artículo 37.1 CE, en la medida en que al disponerse normativamente que la duración del periodo de

prueba sea *en todo caso* de un año, se asiste a un desapoderamiento de la autonomía negocial, a la que se impide toda posibilidad de intervención y decisión al respecto¹²².

El Abogado del Estado en sus alegaciones concluye que del derecho a la negociación colectiva no puede deducirse que el legislador no pueda imponer una regulación –del periodo de prueba, en este caso– inderogable para el convenio colectivo, pues éste –el convenio– está sometido a la Ley.

El Tribunal Constitucional parte de la constatación de que el derecho a la negociación colectiva comporta la libertad de estipulación –de elección de materias y contenidos a negociar–, pero esta facultad no es absoluta, ya que es constitucionalmente válido que el legislador pueda limitar el alcance de la negociación colectiva sobre determinadas materias. La Ley puede, de forma excepcional, reservarse la regulación de determinadas materias que, por tanto, quedan excluidas de la negociación colectiva¹²³. Son las normas absolutamente imperativas o de Derecho necesario absoluto. El hecho de que la Ley se reserve la regulación de una materia constituye una limitación del derecho a la negociación colectiva; ahora bien, tal limitación puede ser legítima desde el punto de vista constitucional si tiene una justificación razonable y proporcionada para preservar otros derechos y bienes constitucionales.

El Tribunal Constitucional considera que el carácter imperativo del precepto impugnado en relación con la duración del periodo de prueba, goza de la misma justificación legítima, razonable y proporcionada esgrimida en relación con el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE). El TC extiende así la justificación constitucional de la regulación material del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores desde el punto de vista del artículo 35 CE, a su carácter de norma imperativa desde el punto de vista del artículo 37 CE. Más concretamente añade que, la indisponibilidad que refleja la ley, actúa como garantía que *“contribuye a impedir que la actuación de la autonomía colectiva pueda frustrar el legítimo y ya comentado objetivo de creación de empleo estable que se pretende alcanzar a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico”*.

3.3. Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)

Se aprecia una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24.1 CE, en la medida en que la regulación impugnada –al reconocer al empresario la facultad de desistimiento durante un periodo de tiempo muy dilatado– priva al trabajador –a juicio de los recurrentes– de la capacidad de reacción frente al desistimiento empresarial, impidiendo el control judicial sobre dicha decisión. Es decir, se impediría la discusión en sede judicial sobre la justificación de la extinción del contrato, en la medida en que el trabajador no tiene capacidad para reaccionar frente al despido al tratarse de un mero desistimiento empresarial durante la prueba, salvo alegación de vulneración de derechos fundamentales¹²⁴.

¹²² Este argumento se desarrolla también en el Auto del TSJ País Vasco de 21 de enero de 2014 (AS 2014/524), que considera que se trata de una regulación extraordinariamente rígida que impide a la negociación colectiva en una materia que cae de lleno en el bloque de laboralidad al que se refiere la negociación colectiva en el derecho constitucional de referencia.

¹²³ STC 58/1985, de 30 de abril, Fj 3.

¹²⁴ Tal y como recoge MORENO GENÉ, J.: “La constitucionalidad del periodo de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional

La situación anterior se vería agravada –siempre según la parte– por el hecho de que el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no genere para el trabajador derecho a indemnización alguna. Pudiendo admitirse lo anterior, sin embargo, no alcanza a comprenderse la relación entre la ausencia de indemnización para el trabajador con el derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional –en la línea de las alegaciones realizadas por el Abogado del Estado– no aprecia la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que los trabajadores contratados a través del contrato de apoyo a los emprendedores tienen garantizado el acceso a los Tribunales para impugnar la decisión extintiva durante el periodo de prueba como el resto de los trabajadores, por lo que pueden controlar la eventual existencia de discriminación o violación de derechos fundamentales en el desistimiento empresarial¹²⁵. También podría controlarse en sede judicial –como pone de manifiesto la Abogacía del Estado– la realización de las experiencias que constituyen el objeto de la prueba. Fuera de estos supuestos, la propia naturaleza del periodo de prueba –en este tipo de contrato y en cualquier otro– impide que se pueda exigir una justificación causal del despido.

Ahora bien, lo que no garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva –como el propio Tribunal Constitucional recuerda en su pronunciamiento– es el acceso a la jurisdicción para exigir la justificación causal del desistimiento empresarial durante la prueba o una indemnización en estos casos, ya que se trata de circunstancias que la norma sustantiva no contempla en la configuración legal del periodo de prueba.

3.4. Derecho a la igualdad (artículo 14.1 CE)

Los dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la regulación del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores alegan la vulneración de derecho a la igualdad y no discriminación que consagra el artículo 14 CE, pero lo hacen sobre la base de diferentes argumentos¹²⁶.

El Parlamento de Navarra –en el recurso que da lugar a la STC 119/2014– fundamenta su pretensión en que la norma recurrida instituye un régimen indiferenciado y uniforme de duración del periodo probatorio, sin distinguir –como realiza el Estatuto de los Trabajadores– en función de la cualificación del trabajador contratado, con una duración exorbitante que duplica la duración máxima contemplada en el artículo 14 ET– aplicable a los trabajadores técnicos titulados–, multiplica por seis la duración máxima

119/2014, de 16 de julio)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39 (2014), págs. 328-329.

¹²⁵ Al respecto puede verse, entre otras la STC 166/1988, de 26 de septiembre.

¹²⁶ Al margen de los argumentos que se aducen en los recursos de inconstitucionalidad que se analizan, la doctrina también ha manifestado sus dudas sobre la afectación del derecho a la igualdad en otros aspectos. Por ejemplo, se plantea si los trabajadores contratados al amparo del contrato de apoyo a los emprendedores –sujetos a un periodo de prueba de un año– son objeto de tratamiento desigual en relación con otros trabajadores no contratados mediante esta modalidad contractual; así GARCÍA BLASCO, J.: “La contratación laboral en la reforma legal de 2012: entre el estímulo de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo”, *Documentación Laboral*, núm. 95-96 (2012), pág. 16. También se plantea si el régimen del periodo de prueba en los contratos de trabajo de apoyo a las emprendedoras celebrados por las empresas de menos de 50 trabajadores puede suponer alguna desigualdad de trato respecto de aquellas empresas que no pueden acceder a esta modalidad de contratación; vid., por ejemplo, ROQUETA BUJ, R.: “Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedoras”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24 (2012), págs. 44-45.

prevista para quienes carecen de dicha cualificación y cuadriplica la duración contemplada en estos mismos casos cuando se trate de empresas de menos de veinticinco trabajadores. Sin embargo, un régimen indiferenciado de la duración del periodo de prueba, ajeno a las diferencias derivadas de la distinta cualificación de los trabajos a desempeñar, sería incompatible con el derecho a la igualdad.

En el caso del recurso interpuesto por los diputados de los Grupos Parlamentarios ya referidos –que da lugar a la STC 8/2015– se apela al artículo 14 CE por la pretendida diferencia de trato injustificada que la regulación impugnada establece entre los trabajadores indefinidos contratados a través del contrato de apoyo a los emprendedores y los trabajadores temporales, ya que mientras los segundos –como regla general– tienen derecho a una indemnización al término del contrato, los primeros no tienen derecho a compensación alguna en caso de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba.

El Tribunal Constitucional desestima en ambos recursos la vulneración del principio de igualdad. En el primer caso, sostiene que la particular finalidad del periodo de prueba en este contrato –verificar si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo– *“justifica que el legislador haya fijado un período de duración de un año para todos los trabajadores, sin distinguir por su categoría o cualificación”*. Recuerda, además, que la “discriminación por indiferenciación” no entra en el ámbito de protección del artículo 14 CE, como manifiesta el Abogado del Estado en sus conclusiones, quien por su parte añade que la distinción de la duración del periodo de prueba en función de la cualificación del trabajador es un mero criterio legal supletorio, que no puede constituirse en parámetro de constitucionalidad.

En el segundo caso, la desestimación del motivo de recurso se basa en que los recurrentes no ofrecen un término válido de comparación para efectuar el juicio de igualdad, ya que los colectivos de trabajadores que se contrastan se rigen por regímenes jurídicos diversos, resultando plenamente diferenciadas las modalidades contractuales a las que unos y otros están sometidos. Añade, además, que la no atribución de indemnización al trabajador por el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no supone una diferencia de trato contraria al art. 14 CE, puesto que es una consecuencia intrínseca de la propia institución del período de prueba, común a todos los contratos de trabajo.

IV. DECÁLOGO PARA APROXIMARSE AL FENÓMENO DE LA CONTRACCIÓN TEMPORAL EN UN CONTEXTO DE CRISIS

Pablo Benlloch Sanz

Prof. Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

1. Nota previa

La cuestión de la determinación de la duración del vínculo contractual que ha de ligar a trabajador y empresario ha sido, y sigue siendo, una de las cuestiones cruciales de todo ordenamiento laboral. En España, desde el inicial paradigma de los beneficios de la contratación indefinida para el trabajador, que la acabó considerando como regular, general y típica, se ha pasado, apenas sin solución de continuidad, al uso generalizado y, en muchos casos, arbitrario de la contratación por tiempo determinado. Y ello al margen de los intentos del legislador y de los sucesivos Gobiernos de encuadrarla como instrumento de la política de empleo o de la creación de nuevas modalidades de contratos temporales para solucionar lo que, en cada momento, se consideraban distorsiones del mercado de trabajo a las que había que dar solución.

Las siguientes líneas pretenden poner de relieve, a modo de decálogo, la actual situación y las consecuencias que conlleva el hecho de que el recurso a la contratación temporal haya devenido en el instrumento de gestión empresarial típico que ha penetrado con inusitada fuerza en el imaginario social.

2. Coordenadas de nuestra contratación temporal

1. Influida por la crisis económica del petróleo, y probablemente sin justificación dogmática aparente, tempranamente se alteró de forma abrupta el substrato axiológico del ordenamiento laboral al asumir como primer axioma la afirmación de que “más vale un empleo temporal que un desempleado durante ese mismo tiempo”. Se empieza a vislumbrar, desde entonces, un excesivo condicionamiento no sólo de las políticas públicas, sino del propio ordenamiento laboral. Ese objetivo de compensar la flexibilidad externa promoviendo sin éxito la contratación indefinida, se ha visto truncado con los más que contrastados desenfoques que se han producido respecto a lo que es la esencia última del Derecho del Trabajo.
2. Desde el momento en que la contratación temporal se empezaba a utilizar de forma generalizada, el legislador ha sido consciente de las graves consecuencias de toda índole –laborales, económicas y sociales- que dicha práctica estaba generando. Pese a ello, se ha reconocido de manera expresa la gravedad de la situación en todas las exposiciones de motivos de las sucesivas reformas que en esta materia se han sucedido desde 1994. Sirva de muestra el Real Decreto Ley 3/2012 que después de efectuar el diagnóstico “...Este ajuste ha sido especialmente grave para los trabajadores temporales. Mantenemos una tasa de temporalidad de casi el 25%,”

mucho más elevada que el resto de nuestros socios europeos. La temporalidad media en la UE27 es del 14%, 11 puntos inferior a la española”, califica la situación como “problema estructural que afecta a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral” para, posteriormente concluir reconociendo que “las reformas laborales realizadas en los últimos años, aún bienintencionadas y orientadas en la buena dirección, han sido reformas fallidas”, por supuesto también en materia de contratación temporal.

3. Ese diagnóstico y su calificación se he reiterado en parecidos términos, en todas las leyes de reforma laboral hasta convertirse en un “cláusula de estilo” de sus preámbulos. Las medidas adoptadas para reconvertir la situación no han alcanzado el objetivo de crear más empleo y de calidad lo que acredita que estamos ante uno de los problemas nucleares del modelo de relaciones laborales español. Su carácter estructural, en modo alguno permite atribuir en exclusiva la responsabilidad a los sucesivos ejecutivos que han pretendido fomentar la contratación indefinida y hacer realidad la máxima de *a necesidades permanentes, contratos permanentes y sólo a necesidades temporales, en su caso, contratos temporales*. Por el contrario, la contratación temporal se ha convertido en la modalidad típica del vínculo que une a empresario y trabajador en nuestro mercado de trabajo actual.
4. Como se anticipó, se conocían desde el principio las graves consecuencias que suponía esa generalización, en muchos casos, sin justificación alguna del uso de los contratos temporales. Nadie está en condiciones de negar que la contratación temporal, entre otras consecuencias, disminuye la productividad, perjudica gravemente la formación de los trabajadores temporales y alimenta la dualidad en el mercado de trabajo. Por no hablar, como ocurre en el actual contexto de grave crisis en el que estamos inmersos, que la precariedad que conlleva esa forma de contratación aumenta la desigualdad y condiciona gravemente cualquier intento de recuperación sostenida por incidir directamente en el consumo, fundamental como se sabe en nuestra economía.
5. El injustificado temor a la contratación indefinida que se ha instalado en la mentalidad de los empresarios, unido a los más que evidentes fracasos de las medidas diseñadas para disminuir la tasas de temporalidad, han convertido el recurso al contrato temporal en un método de especial relevancia de la gestión empresarial. La contratación temporal ha devenido así en una suerte de periodo de prueba más proclive a aumentar la rotación que a la creación de empleo estable.
6. Siempre se ha dicho, no sin razón, que el legislador laboral ha normado desconociendo las características del mercado laboral español. Se legislaba, y se legisla, pensando en grandes empresas multinacionales, cuando la realidad acredita que el 98% de las empresas españolas son pequeñas o medianas empresas. Ese desenfoco puede explicar de algún modo el fracaso de alguna de las medidas adoptadas y, en particular, en el ámbito de la contratación temporal. Los verdaderos destinatarios de aquéllas deberían haber sido las medianas empresas, donde las estadísticas advertían que el recurso a la contratación temporal era mayor y, no las grandes empresas, donde es posible diversificar el “riesgo” que supone la contratación indefinida y no es tan necesario acudir al contrato temporal.

7. El papel de los sindicatos como garantes de la correcta utilización de la contratación temporal puede calificarse sin temor a equivocarnos como discreto. Al margen de los grandes acuerdos producto de la concertación social, hubiese sido deseable una mayor implicación en el control del adecuado uso de las diferentes modalidades de contratación de duración determinada.
8. Tampoco ha servido de ayuda el papel de las Administraciones Públicas como empleadoras. El aumento, también en el empleo público, del personal laboral y la consentida alteración de determinadas figuras de contratos temporales, sólo ha contribuido a incitar todavía más esa gestión de los recursos humanos de la empresa a través de los diferentes contratos temporales, que veían en la contratación de las administraciones públicas un modelo en el que reflejarse.
9. Si hasta el momento las iniciativas adoptadas para reducir la tasa de temporalidad no han tenido el éxito pretendido, el panorama no es mucho alentador en la actual coyuntura, si se tienen en cuenta dos tendencias que se advierten en nuestro ordenamiento laboral y que han sido puestas de relieve por la mejor doctrina laboral.

Por un lado, el excesivo condicionamiento de nuestro ordenamiento laboral a la creación de empleo. Ello ha determinado que en algunos casos se haya proporcionado soluciones indirectas y de poca eficacia a problemas claramente asentados en nuestro mercado laboral, como es el supuesto de la de la limitación a la duración del contrato de obra.

Por otro, la denominada “huida hacia el emprendimiento” de nuestras normas laborales no se ha acompañado simultáneamente con la creación de figuras contractuales de duración determinada que resulten atractivas para el empresario y que contribuyan al empleo de calidad. Al contrario, han aparecido modalidades contractuales que no responden a objetivos a largo plazo, sino a solucionar coyunturalmente los problemas de los colectivos donde la tasa de desempleo es mayor.

No es de extrañar, por ello que se haya ya advertido de los riesgos que puede conllevar la fuerte apuesta de la última reforma laboral por la contratación a tiempo parcial. Deben adoptarse con urgencia las precauciones necesarias para que se convierta no solo es un mecanismo relevante en la organización flexible del trabajo y en la adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades profesionales y personales de los trabajadores, sino de redistribución efectiva del empleo. De lo contrario, se estará proporcionado un nuevo recurso a los empresarios y se seguirá alentando su temor hacia la contratación indefinida.
10. Como no podía ser de otra manera, la dualidad del mercado que ha provocado la contratación temporal ha penetrado con intensidad en el imaginario social. Se ha condicionado, cuando no limitado, a los trabajadores temporales, entre otras, el acceso a la vivienda o al crédito, cercenando sus proyectos vitales por el simple hecho de tener tal condición.

A fuerza de ser optimistas, sólo cabe esperar que la presión de las nuevas generaciones de trabajadores jóvenes, actualmente instaladas por imposición, en un mercado laboral precario en el que el objetivo de la estabilidad en el empleo aparece como inalcanzable, hagan cambiar el rumbo de legislación laboral para situarse de nuevo en el Derecho del

Trabajo que ve en el empleo de calidad el elemento nuclear que debe identificar a nuestro mercado de trabajo.

V. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL COMO POLÍTICA DE FOMENTO DE EMPLEO

Nuria P. García Piñeiro

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid

Uno de los grandes objetivos de la política de empleo en el ámbito nacional, internacional y comunitario es el fomento y promoción del trabajo a tiempo parcial como herramienta de creación de empleo. Así, el Convenio 175 de la OIT sobre el trabajo a tiempo parcial, firmado en Ginebra el 24 de junio de 1994, tras reconocer “la importancia que presenta para todos los trabajadores el contar con un empleo productivo y libremente elegido y la importancia que tiene para la economía el trabajo a tiempo parcial”, establece “la necesidad de que en las políticas de empleo se tenga en cuenta la función del trabajo a tiempo parcial como modo de abrir nuevas posibilidades de empleo y la necesidad de asegurar la protección de los trabajadores a tiempo parcial en los campos del acceso al empleo, de las condiciones de trabajo y de la seguridad social”¹²⁷.

Por su parte, el preámbulo de la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES dispone que “el presente Acuerdo marco es una contribución a la estrategia europea general a favor del empleo. El trabajo a tiempo parcial ha tenido un importante impacto en el empleo durante los últimos años y señala la voluntad de los interlocutores sociales de “contribuir al desarrollo de las posibilidades de trabajo a tiempo parcial sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores”.

En el ámbito interno, la Ley 32/1984, de 2 de agosto, generaliza el trabajo a tiempo parcial como medida de fomento de empleo que podrá concertarse con cualquier trabajador, para facilitar un mejor reparto del empleo disponible, como ya venía ocurriendo en otros países europeos. La norma de 1984 deroga la Disposición Transitoria Tercera de la redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo) que limitaba la contratación a tiempo parcial a “los trabajadores perceptores de prestación de desempleo; los que hubieran agotado la percepción de la misma, continuando en situación de desempleo; los trabajadores agrarios que hubiesen quedado en desempleo, y los jóvenes menores de veinticinco años”.

Posteriormente, los gobiernos de distinto signo han introducido - con mayor o menor éxito, a través de leyes o de normas con rango legal, con acuerdo de los interlocutores sociales¹²⁸ o sin él- de forma recurrente modificaciones en el trabajo a tiempo parcial con el objetivo principal de fomentar esta modalidad de prestación de servicios.

¹²⁷ Convenio que ha sido ratificado sólo por 14 países (Albania, Australia, Bosnia y Herzegovina, Chipre, Eslovenia, Finlandia, Guyana, Hungría, Italia, Luxemburgo, Mauricio, Países Bajos, Portugal y Suecia), entre los que no se encuentra España. Véase, <http://www.ilo.org>.

¹²⁸ Fruto del acuerdo con los interlocutores sociales deben mencionarse el RDL 8/1997, posterior Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, que recoge el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo de 28 de abril de 1997, suscrito por los sindicatos UGT y CCOO y las patronales CEOE y CEPYME, cuyo

Más recientemente, el Objetivo de Política de Empleo 3 previsto en la Estrategia Española para el Empleo 2012-2014¹²⁹ reconocía de forma expresa que uno de los objetivos debe ser el de: “reforzar el trabajo a tiempo parcial y la flexibilidad interna en las empresas”. Añadiendo que, con este objetivo se pretende “que los ajustes en el mercado de trabajo no recaigan necesariamente sobre el empleo, mediante el uso de otros mecanismos como la reducción de jornada”¹³⁰.

Los datos demuestran¹³¹, tal y como señala el profesor MONTOYA MELGAR, que “el propósito legal de expandir esta figura contractual se va alcanzando en la práctica”¹³².

1. La flexibilidad y seguridad en el trabajo a tiempo parcial

Además del fomento del empleo, todas las reformas emprendidas en el trabajo a tiempo parcial han pretendido combinar adecuadamente la seguridad y la flexibilidad, esto es, la adaptabilidad de la organización del trabajo y satisfacción de los intereses de los trabajadores. La contraposición de intereses de trabajadores y empresarios tiene su reflejo en la regulación del trabajo a tiempo parcial, mientras que los trabajadores prefieren la seguridad, los empresarios prefieren la flexibilidad, con lo que no es fácil,

apartado 3 recoge las propuestas concretas en materia de trabajo a tiempo parcial. Y, el RDL 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, que transpone por un lado el acuerdo social suscrito entre el gobierno y las dos centrales sindicales más representativas a nivel estatal, dotándole de la eficacia propia de una norma con rango de ley (Acuerdo sobre el trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad”, de 13 de noviembre de 1998, suscrito entre el gobierno y las centrales sindicales UGT y CCOO). Y, la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre, de aplicación del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, firmado por las representaciones sindical y patronal de ámbito comunitario. Este último RDL otorga al trabajo a tiempo parcial un régimen jurídico comparable al del trabajo a tiempo completo, y que armoniza de manera más equilibrada los intereses de los empresarios y de los trabajadores al contemplar la voluntariedad en el acceso al trabajo a tiempo parcial; la equiparación de trato con el trabajo a tiempo completo; y el fomento de la movilidad voluntaria desde los contratos a tiempo completo hacia los contratos a tiempo parcial y a la inversa.

¹²⁹ Aprobada por RD 1542/2011, de 31 de diciembre. La vigente Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016, aprobada por el Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, elimina cualquier referencia al fomento de trabajo a tiempo parcial, centrando sus objetivos estratégicos en mejorar la empleabilidad de los jóvenes y cumplir lo previsto por la Garantía Juvenil; mejora de la empleabilidad de otros colectivos especialmente afectados por el desempleo (desempleados de larga duración, mayores de 55, beneficiarios del PREPARA); mejorar la calidad de la Formación Profesional para el Empleo; mejora de la vinculación entre políticas activas y pasivas de empleo; y apoyo al emprendimiento.

¹³⁰ Ahora bien, adviértase que tal y como señala MARTÍNEZ YAÑEZ, N., “Trabajo a tiempo parcial y política de empleo: el retorno a las horas extraordinarias”, en *Políticas de Empleo*, coords. Cabeza Pereiro/Fernández Prol, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 102, que “para que pueda avanzarse hacia ese objetivo es preciso reducir el recurso excesivo a la contratación temporal”. Y por ello el Objetivo de Política de Empleo 2 previsto en la citada Estrategia, tras reconocer que “actualmente, una cuarta parte del empleo se encuentra sujeto a un régimen de contratos inestables, con excesiva rotación, que limita las mejoras de productividad de las empresas”. Para combatir esta tendencia, establece como objetivo “Reducir la temporalidad y la segmentación del mercado de trabajo”.

¹³¹ Los datos de Eurostat (part-time employment) muestran en España un incremento lento pero progresivo de la tasa de parcialidad en España. Así, los datos del 4º trimestre de los años 2008 a 2014 señalan en 2008→12,3%; 2009→ 13,1%; 2010→ 13,3%; 2011→ 13,7%; 2012→ 15,2%; 2013→ 16,2%; y 2014→ 15,9%.

¹³² *Derecho del Trabajo*, 34.º ed., Tecnos, 2013, p. 587.

pero no imposible, encontrar el deseable equilibrio entre una pretensión y otra¹³³.

Desde 1984 la legislación laboral persigue el equilibrio entre flexibilidad y seguridad en el trabajo a tiempo parcial, decantándose realmente en unos casos a favor de la flexibilidad y en otros, de la seguridad. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 32/1984 señala que “el objetivo central de estas modificaciones es dotar al marco legal de una mayor claridad y estabilidad para reducir la incertidumbre empresarial de las actuaciones que conducen a la creación de nuevos puestos de trabajo y en el necesario ajuste de la demanda a las características de la oferta de trabajo”. Añadiendo que la reforma se dirige “a homologar la situación española con la de otras economías occidentales, en las que el trabajo a tiempo parcial ha adquirido un grado de difusión desconocido en España y altamente satisfactorio, al cumplir tres objetivos deseables: satisfacer los deseos de una parte de la población dispuesta a trabajar en jornada incompleta, disminuir la unidad mínima de trabajo que las Empresas pueden contratar y, en general, obtener por esa vía un reparto del trabajo disponible de carácter estrictamente voluntario”.

Posteriormente, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, recoge como finalidad de la norma, entre otras, convertir el trabajo a tiempo parcial, tal como ocurre en los países de nuestro entorno, en factor que favorezca el incremento de las tasas de ocupación, al permitir, mediante el cómputo anual de la jornada, adaptar los sistemas de organización de trabajo de las empresas a las necesidades productivas, así como a las circunstancias personales o familiares del trabajador, valorando aquellas actividades que por su escasa duración deben considerarse marginales y no constitutivas de medio fundamental de vida.

En el mismo sentido, la Directiva 97/81/CE señala la necesidad de “contribuir al desarrollo de las posibilidades de trabajo a tiempo parcial sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores. Sobre el interés compartido de trabajadores y empresarios en el trabajo a tiempo parcial, Montoya Melgar sostiene que “el interés que las partes pueden encontrar en esta modalidad contractual radica, lógicamente, en la facilidad de adaptación de la misma a las exigencias temporales de los contratantes. El tiempo parcial resulta menos costoso y puede adaptarse mejor a las necesidades empresariales. Además, muchos trabajadores prefieren por razones diversas la contratación a tiempo parcial (conciliación de la vida personal, laboral y familiar, formación, etc.)”¹³⁴.

Más recientemente, la letra a) de la Disposición Adicional 29ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, preveía que el Gobierno presentará, un proyecto de ley que incluyera entre otras medidas, las dirigidas a modificar la regulación laboral del contrato de trabajo a tiempo parcial, en unos términos que promuevan el necesario equilibrio entre las necesidades de flexibilidad y adaptabilidad, requeridas por las empresas, y las demandas de estabilidad y seguridad en el empleo, demandadas por las personas trabajadoras¹³⁵.

¹³³ Sobre “la im(possible) convivencia entre seguridad y flexibilidad”, véase, VALDÉS DAL RE, F., “Contratación temporal y trabajo a tiempo parcial en España: la normalización jurídica de la precariedad laboral”, en *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, CEDAM, 2005, el cual transmite una visión en esencia peyorativa del trabajo a tiempo parcial.

¹³⁴ Cit.

¹³⁵ Además de la revisión de los incentivos a las empresas para la utilización de la contratación indefinida mediante esta modalidad de contratos; y de la mejora de la protección social del trabajo a tiempo parcial, en particular mediante el incremento del coeficiente multiplicador establecido actualmente para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente [letras b) y c) de la citada DA 29ª].

La última reforma legislativa del trabajo a tiempo parcial llevada a cabo por el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (publicado en el BOE de 21 de diciembre de 2013)¹³⁶, reconoce una vez más la posibilidad reconocida al tiempo parcial para crear empleo, en esta ocasión, “a menores tasas de crecimiento económico que en el pasado”¹³⁷. E insiste en el doble propósito de la flexibilidad y seguridad, señalando que “como es bien sabido, el trabajo a tiempo parcial es un mecanismo que otorga al empresario flexibilidad en el tiempo de trabajo, a la par que posibilita al trabajador conciliar la vida laboral y personal y compatibilizar trabajo y formación”.

2. El régimen jurídico laboral del trabajo a tiempo parcial

Tal y como se acaba de señalar, el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial¹³⁸ en nuestro país ha sido objeto de sucesivas reformas para promover su utilización, pero el número de contratos de esta naturaleza –aunque se ha incrementado en los últimos tiempos- es sensiblemente inferior al que existe en otros países europeos. La aspiración de la normativa actual (RDL 16/2013) de equiparar la utilización del trabajo a tiempo parcial con la de los países de nuestro entorno no es nueva, al ser ésta una de las pretensiones reiteradas por todas y cada una de las normas que regularon la materia¹³⁹.

En los últimos tiempos en España la utilización del trabajo a tiempo parcial ha experimentado ligeros incrementos, pero el porcentaje medio de trabajadores a tiempo parcial en España se sitúa muy por debajo de la media de los países de la Unión Europea.

Entre los motivos causantes de la escasa utilización del trabajo a tiempo parcial se han esbozado con frecuencia motivos tales como la complejidad del sistema de horas complementarias y las rigideces en la distribución del tiempo de trabajo. Aspectos todos ellos que no casan bien con lo dispuesto en la Directiva 97/81/CE que “apela a la necesidad de evitar el establecimiento de trabas jurídicas al contrato a tiempo parcial, y a la necesidad de remover los obstáculos administrativos o jurídicos que pudieran limitar las posibilidades del trabajo a tiempo parcial, con vistas a que esta modalidad de contrato sirva al fin de “aumentar la intensidad de la creación de empleo”.

¹³⁶ Convalidado por el Congreso de los Diputados en la sesión del 22 de enero de 2014, publicándose la *Resolución de 22 de enero de 2014, de la Presidencia del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*, en el BOE de 28 de enero de 2014.

¹³⁷ Véase, preámbulo RDL 16/2013.

¹³⁸ Sobre los tres estratos normativos de los contratos a tiempo parcial, a saber: a) la regulación estrictamente laboral, b) la regulación de seguridad social, y c) las normas de política de empleo, véase, MARTÍN VALVERDE, A., /GARCÍA MURCIA, J., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, vol. II, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2ª ed., 2012, p. 237.

¹³⁹ La redacción inicial del trabajo a tiempo parcial prevista en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 ha sido modificado por las siguientes normas: Ley 32/1984, de 2 de agosto; Ley 10/1994; RDL 8/1997, de 16 de mayo; Ley 63/1997, de 26 de diciembre; Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre; Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo, Ley 12/2001, de 9 de julio, Ley 27/2011, de 1 de agosto; RDL 3/2012, 12 de febrero; Ley 3/2012, de 6 de julio, RDL 5/2013, de 15 de marzo; RDL 11/2013, de 2 de agosto, posterior Ley 1/2014, de 28 de febrero; RDL 16/2013, de 21 de diciembre.

A continuación se aborda el régimen jurídico laboral del trabajo a tiempo parcial, esto es, las condiciones laborales de la prestación de servicios del trabajo a tiempo parcial previstas en el artículo 12 ET¹⁴⁰, que en algunos de sus aspectos se completa con el RD 2317/1993, de 29 de diciembre, que desarrolla los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial¹⁴¹.

2.1. El concepto de trabajo a tiempo parcial

El concepto es una de las materias –junto a las horas complementarias/extraordinarias– que más vaivenes legislativos ha sufrido en la regulación del trabajo a tiempo parcial. Así, en la redacción inicial del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores se consideraba trabajador a tiempo parcial al que prestaba “...servicios durante un determinado número de días al año, al mes o a la semana, o durante un determinado número de horas, respectivamente, inferior a los dos tercios de los considerados como habituales en la actividad que se trate en el mismo período de tiempo...”.

La Ley 32/1984 reitera en esencia la configuración del tiempo parcial prevista en 1980 remitiendo a la prestación de servicios durante un período de tiempo inferior a los dos tercios sobre tales períodos de la jornada habitual en la actividad. El RDL 18/1993 elimina la exigencia anterior de no superar los dos tercios de la jornada habitual, bastando que la prestación convenida sea inferior al tiempo considerado como habitual en la actividad de que se trate, pronunciándose en el mismo sentido la Ley 10/1994. Posteriormente, el RDL 15/1998, de 27 de noviembre habla nuevamente de “inferior al 77% de la jornada a tiempo completo...”.

El concepto vigente de tiempo parcial procedente de la reforma de 2001 que dispone que “el contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable”.

Añadiendo el apartado 1 del artículo 12 ET que “se entenderá por “trabajador a tiempo completo comparable” a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal”¹⁴².

¹⁴⁰ RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴¹ Al respecto, véase, MARTÍN VALVERDE, A./RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F./GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 22º ed., Tecnos, 2013.

¹⁴² Definiciones contenidas en el artículo 12.1 ET que coinciden básicamente con lo dispuesto por la cláusula 3 de la Directiva 97/81/CE: “1. A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por «trabajador a tiempo parcial» a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable. 2. A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por «trabajador a tiempo completo comparable» a un trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias. En caso de que no exista ningún trabajador a tiempo completo comparable en el mismo

En cuanto a la distribución del tiempo de trabajo en el trabajo a tiempo parcial, en la normativa de 1984 los módulos de reparto eran las horas, cuando el tiempo de trabajo se proyectaba sobre el día o la semana, y los días, enmarcados a su vez en semanas o meses. A partir del RDL 18/1993, se erige la base hora como la única sobre la que se puede pactar la duración, en su proyección a todos los módulos posibles: día, semana, año o mes.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 12 ET el trabajo a tiempo parcial puede prestarse los contratos de duración determinada o indefinida, no pudiendo celebrarse a tiempo parcial el contrato para la formación y el aprendizaje, posibilidad ésta que si se contempla en otros ordenamientos jurídicos como el de los Países Bajos.

2.2. Las reglas jurídicas aplicables al trabajo a tiempo parcial

Las reglas jurídicas aplicables al tiempo parcial previstas en el apartado 4 del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores han sido recientemente modificadas por el RDL 16/2013, tal y como se verá a continuación.

En primer lugar, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores¹⁴³, el contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito, debiendo figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo. Inciso éste incorporado por la norma anteriormente mencionada.

En el supuesto de no observarse las exigencias citadas, la consecuencia jurídica será la presunción *iuris tantum* de que el contrato se ha celebrado a jornada completa, lo que significa que es posible aportar prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.

Con la finalidad de evitar trabas jurídicas y remover obstáculos administrativos, el RDL 16/2013 elimina la referencia al modelo oficial preestablecido, lo que significa que por regla general desaparece la obligación de redactar el contrato a tiempo parcial en el modelo ofrecido por el Servicio Público de Empleo Estatal. Esta libertad de forma escrita parece quebrarse en el supuesto de que el contrato a tiempo parcial goce de algún tipo de incentivo (bonificación/reducción), en cuyo caso parece necesario cumplimentar el modelo oficial ofrecido por el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE).

En segundo lugar, se establece que cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y ésta se realice de forma partida, sólo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante convenio colectivo¹⁴⁴.

En tercer lugar, los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las de fuerza mayor previstas en el artículo 35.3 ET. Las horas complementarias, tal y como se verá, son el cauce ordinario para aumentar la jornada del trabajo a tiempo parcial, y la suma de todas las horas ordinarias y complementarias

establecimiento, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales”.

¹⁴³ Art. 8.2 ET “deberán constar por escrito –entre otros- los contratos de trabajo a tiempo parcial...”.

¹⁴⁴ Adviértase que el RDL16/2013 en aras a la simplificación del precepto legal elimina la previsión de que la jornada diaria en el trabajo a tiempo parcial puede realizarse de forma continuada o partida.

no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado 1 del artículo 12 ET.

La prohibición de horas extraordinarias se introduce en el tiempo parcial en el RDL 15/1998, que introduce el régimen jurídico de las horas complementarias que ha permanecido invariable hasta la Ley 12/2001. Ley, que modifica profundamente el régimen de las denominadas en 1998 horas complementarias.

Nuevamente el RDL 3/2012, posterior Ley, autoriza la realización de horas extraordinarias tanto en los contratos indefinidos como en los temporales, pero no ofrecieron una solución definitiva a la regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial. Sobre la posibilidad incorporada por la reforma de 2012, la doctrina sostiene que “al margen de criterios de adecuación en términos de política legislativa, no es posible construir un tratamiento peyorativo para los trabajadores a tiempo parcial por el hecho de que puedan realizar horas extraordinarias, al menos cuando éstas se contemplan aisladamente de las horas complementarias. ... Cabría decir, como mucho, y como se ha expresado en relación con la jornada irregular, que también las horas extras inciden desfavorablemente en este colectivo, pues, a la vista de los límites de la jornada máxima diaria y descanso entre jornada, lo sometan a una mayor irregularidad horaria que al colectivo de trabajadores típicos con vinculación a jornada completa”¹⁴⁵.

Finalmente, el RDL 16/2013 elimina la posibilidad incorporada en 2012, y mantiene aunque modificadas las horas complementarias, tal y como se verá más adelante.

En cuarto lugar, la regulación del trabajo a tiempo parcial otorga a estos trabajadores un estatuto jurídico equiparable al de los trabajadores a tiempo completo.

Al efecto, el Estatuto de los Trabajadores reconoce a los trabajadores a tiempo parcial los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado¹⁴⁶.

En quinto lugar, se reconoce la voluntariedad en el trabajo a tiempo parcial, en el sentido de que la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a) ET .

El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

A fin de posibilitar la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial, el empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, de manera que aquéllos puedan formular solicitudes de conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, o

¹⁴⁵ CABEZA PEREIRO, J, *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, 2013, pp. 106-107.

¹⁴⁶ En el mismo sentido, el Convenio número 175 OIT establece que “los Estados que lo ratifiquen deberán garantizar que los trabajadores a tiempo parcial reciban la misma protección, el mismo salario básico, la misma seguridad social, así como unas condiciones de empleo equivalentes a las que han sido acordadas a los trabajadores a tiempo completo comparables”.

para el incremento del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, todo ello de conformidad con los procedimientos que se establezcan en convenio colectivo.

Con carácter general, estas solicitudes deberán ser tomadas en consideración, en la medida de lo posible, por el empresario. La denegación de la solicitud deberá ser notificada por el empresario al trabajador por escrito y de manera motivada.

En este aspecto es importante poner de manifiesto que el RDL 16/2013 elimina la preferencia de los convenios sectoriales a la hora de delimitar los procedimientos para la movilidad voluntaria del tiempo completo al tiempo parcial y viceversa; y la referencia a que los convenios sectoriales pueden establecer en su caso, requisitos y especialidades para conversión de contratos a tiempo completo en tiempo parcial, cuando esté motivado principalmente por razones familiares o formativas. En este punto la nueva regulación aporta flexibilidad en la organización empresarial del trabajo, y es coherente con la tendencia descentralizadora de la negociación colectiva impulsada por la reforma laboral 2012, que otorga prioridad al convenio de empresa con el objetivo confesado de conseguir una gestión flexible del tiempo de trabajo.

La citada reforma también elimina la referencia legal a la preferencia de retorno a la situación anterior reconocida a los trabajadores que han ejercido la movilidad voluntaria del tiempo completo a tiempo parcial o viceversa. Y, al derecho preferente del trabajador que lleve al menos 3 años en la empresa trabajando en dicha modalidad, a cubrir vacante a tiempo completo en su grupo profesional. La supresión legal de estas preferencias no impide que los convenios colectivos se hagan eco de las mismas en virtud de su consagrada autonomía colectiva¹⁴⁷.

En sexto y último lugar, se reconoce que los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales.

2.3. La ampliación de la jornada del trabajo a tiempo parcial

Tal y como se ha señalado, la legislación actual elimina la posibilidad de realizar horas extraordinarias, y la ampliación de la jornada del trabajo a tiempo parcial deberá efectuarse a través de las horas complementarias. Considerándose horas complementarias las realizadas como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial.

El RDL 16/2013 modifica el concepto de hora complementaria, al incluir tanto a las voluntarias como a las pactadas. Además, elimina la preferencia del convenio colectivo sectorial para regular el régimen jurídico de las horas complementarias.

La ley sustantiva laboral prevé normas expresas por las que han de regirse las horas complementarias y las condiciones de realización de las mismas. En caso de incumplimiento de tales normas, la negativa del trabajador a la realización de las horas complementarias pactadas no constituye conducta laboral sancionable.

¹⁴⁷ Al ser todas ellas materias que entrarían dentro del contenido del convenio colectivo previsto en el art. 85.1 ET “dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo...”.

A continuación se enumeran las normas por las que se rigen las citadas horas complementarias. Primera, la realización de horas complementarias será exigible cuando así se hubiera pactado de forma expresa por el trabajador y el empresario. El pacto podrá acordarse en el momento de la celebración del contrato a tiempo parcial o con posterioridad al mismo, pero constituirá, en todo caso, un pacto específico respecto al contrato. El pacto se formalizará necesariamente por escrito.

Con la finalidad enunciada anteriormente de evitar trabas jurídicas y remover obstáculos administrativos se elimina la obligatoriedad de hacer constar el pacto de horas complementarias en el modelo oficial.

Segunda, sólo se podrá formalizar pacto de horas complementarias en el caso de contratos a tiempo parcial con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual. Adviértase que, tras la reforma de diciembre de 2013 las horas complementarias se podrán realizar tanto en contratos temporales como indefinidos.

Tercera, el pacto de horas complementarias deberá recoger el número de horas complementarias cuya realización podrá ser requerida por el empresario.

El número de horas complementarias pactadas no podrá exceder del 30 por 100 de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. Los convenios colectivos podrán 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. Adviértase que la nueva regulación incrementa el porcentaje de horas complementarias del 15 al 30% de las horas ordinarias. Además, se elimina la preferencia de los convenios de sector para modificar el porcentaje de horas complementarias, y se añade que los convenios podrán establecer otro porcentaje pero que en ningún caso puede ser inferior al 30% previsto por la ley.

Cuarta, el trabajador deberá conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias pactadas con un preaviso mínimo de tres días, salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior. La nueva regulación elimina la referencia al convenio colectivo para la distribución y forma de realización de las horas complementarias pactadas, además reduce el preaviso de 7 a 3 días, previéndose la posibilidad de que el convenio prevea un plazo de preaviso inferior.

Quinta, el pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto por renuncia del trabajador, mediante un preaviso de quince días, una vez cumplido un año desde su celebración, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: la atención de las responsabilidades familiares enunciadas en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores; por necesidades formativas, siempre que se acredite la incompatibilidad horaria y; por incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.

Sexta, en los contratos a tiempo parcial de duración indefinida con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual y sin perjuicio de las horas complementarias pactadas, el empresario podrá, en cualquier momento, ofrecer al trabajador la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria – voluntarias-, cuyo número no podrá superar el 15 por 100, ampliables al 30 por 100 por convenio colectivo, de las horas ordinarias objeto del contrato. La negativa del trabajador a la realización de estas horas no constituirá conducta laboral sancionable. Las horas complementarias voluntarias no se computan a efectos de los porcentajes máximos de las horas complementarias pactadas.

Séptima, en aras a evitar la utilización abusiva y fraudulenta del trabajo a tiempo parcial y para permitir un mejor control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad

Social, a raíz de la reforma de diciembre de 2013, se establece a los empresarios la obligación de registrar día a día y totalizar mensualmente la jornada de los trabajadores a tiempo parcial, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias –voluntarias y pactadas-.

El empresario deberá conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un período mínimo de cuatro años. En caso de incumplimiento de las referidas obligaciones de registro, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.

Octava, la realización de horas complementarias habrá de respetar, en todo caso, los límites en materia de jornada y descansos establecidos en los artículos 34, apartados 3 y 4; 36.1 y 37.1, del Estatuto de los Trabajadores.

Novena y última, las horas complementarias efectivamente realizadas se retribuirán como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y períodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones. A tal efecto, el número y retribución de las horas complementarias realizadas se deberá recoger en el recibo individual de salarios y en los documentos de cotización a la Seguridad Social.

3. El fomento del trabajo a tiempo parcial flexible, estable y de calidad

La legislación vigente debe perseguir el fomento de la creación de trabajo a tiempo parcial flexible, estable y, por qué no decirlo, de calidad. En línea con uno de los objetivos ya citados del Acuerdo marco europeo se trata de “facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial sobre una base voluntaria y contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo de una manera que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores”.

La regulación de fomento del trabajo a tiempo parcial debe saber combinar de forma equilibrada tres elementos: flexibilidad, para que las empresas puedan recurrir de forma eficaz a este modo de prestación de servicios; estabilidad, para que el trabajo se preste en régimen de indefinición; y calidad, intentando garantizar que el tiempo parcial coadyuve a los trabajadores a desarrollar su carrera personal, laboral y profesional. Sólo el tiempo nos dirá si los objetivos pretendidos se conseguirán con el acumulado régimen jurídico que en la actualidad tiene reconocido el trabajo a tiempo parcial.

El régimen jurídico laboral vigente del trabajo a tiempo parcial elimina alguna de las rigideces existentes y desburocratiza algunos de los aspectos más formales, entre otras, la eliminación a los modelos oficiales tanto de la prestación de servicios como del pacto de horas complementarias. También se flexibiliza la ampliación de jornada del tiempo parcial, de modo que reduce el plazo de preaviso para la realización de horas complementarias, e incrementa el número de horas complementarias que pueden realizarse. Dentro de las horas complementarias se establece una distinción entre las pactadas, de realización obligatoria para el trabajador cuando haya firmado el preceptivo pacto, y las voluntarias, que únicamente pueden ser ofrecidas por la empresa en los contratos que tengan una duración indefinida y que, como su denominación indica, son de realización voluntaria para el trabajador.

Con el mismo objetivo de potenciación de la flexibilidad, en materia de distribución irregular de la jornada, el régimen de compensación de las diferencias de horas, por exceso o por defecto, será el que pacten las partes, estableciéndose que en defecto de pacto las diferencias se deben compensar en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

En aras a la estabilidad pretendida, una novedad importante estriba en que sólo cabe la realización de horas complementarias si la jornada ordinaria establecida en el contrato es de al menos diez horas semanales, en cómputo anual. Además, las horas complementarias voluntarias sólo podrán realizarse en contratos de carácter indefinido, premiándose de esta forma el tiempo parcial de carácter indefinido.

Por último, para garantizar la calidad, se establece la obligación de registrar día a día la jornada de trabajo, ordinaria o complementaria para evitar las actuaciones abusivas y fraudulentas, y se fomenta el trabajo parcial estable e indefinido. Además, el nuevo régimen jurídico de protección social reconocido por el RDL 11/2013, posterior Ley 1/2014, es un avance inequívoco de la calidad del trabajo a tiempo parcial.

Tal y como se ha señalado, uno de los objetivos mencionados de la política de empleo, íntimamente ligado al fomento del trabajo a tiempo parcial, es el de reducir la dualidad del mercado de trabajo. De ahí que sea deseable que las normas de fomento del empleo a tiempo parcial se centren en el empleo estable¹⁴⁸, esto es, de carácter indefinido¹⁴⁹. Al efecto, el propio RDL 16/2013 reconoce la posibilidad de celebrar el contrato indefinido de apoyo a emprendedores a tiempo parcial, adaptándose a esa posibilidad todo lo relativo a bonificaciones e incentivos fiscales, que en caso de contrato a tiempo parcial se disfrutarán de modo proporcional a la jornada pactada¹⁵⁰.

Sin desconocer los riesgos de los que alertaba el libro Verde de la Comisión Europea “Cooperación para una nueva organización del trabajo” de 1997, sobre el carácter ambiguo del trabajo a tiempo parcial, al que calificaba como una forma de trabajar capaz de proporcionar simultáneamente “oportunidades y riesgos”; y teniendo en cuenta la denominada por la doctrina “variable cualitativa del trabajo a tiempo parcial”, esto es, la discutida calidad de la prestación de servicios a tiempo parcial. Debe abogarse por una regulación del trabajo a tiempo parcial que satisfaga de manera equilibrada los intereses de trabajadores y empresarios.

¹⁴⁸ Excepción a la estabilidad que parece permitirse en el denominado contrato a tiempo parcial con vinculación formativa que puede concertarse por tiempo indefinido o determinado, aprobado en el RDL 4/2013, posterior Ley 11/2013, y que es fruto del Acuerdo con los interlocutores sociales adoptado en la Estrategia Española de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016. En este caso el fomento de la contratación a tiempo parcial estable cede a favor del fomento del empleo juvenil para un colectivo muy específico. Ya que el contrato está dirigido a jóvenes desempleados menores de 30 años o menores de 35 si tienen reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, que reúnan alguno de los siguientes requisitos: ser desempleados, inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo al menos doce meses durante los dieciocho anteriores a la contratación; no tener experiencia laboral o que esta sea inferior a tres meses; proceder de otro sector de actividad, en los términos que se determine reglamentariamente o; carecer de título oficial de enseñanza obligatoria, de título de formación profesional o de certificado de profesionalidad.

¹⁴⁹ En el mismo sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I./NIETO ROJAS, P., “Aspectos laborales del contrato a tiempo parcial”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 22, septiembre 2010, p. 60.

¹⁵⁰ Sobre la posibilidad de reconocer el contrato indefinido de apoyo a emprendedores a tiempo parcial, véase, AGUILERA IZQUIERDO, R., “Fomento de la contratación indefinida y otras medidas para favorecer la creación de empleo”, en *La Reforma Laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Dir. Thibault Aranda/Coord. Jurado Segovia, La Ley, 2012.

Al respecto, la doctrina extranjera ha propuesto criterios que pueden definir un trabajo a tiempo parcial de calidad, identificando los siguientes: “1. Oportunidades de transiciones entre trabajo a tiempo parcial y trabajo a jornada completa; 2. mantenimiento de cualificaciones profesionales y de experiencia cuando se pasa a trabajar a tiempo parcial; 3. igual acceso a formación, desarrollo y promoción profesionales; 4. mejoras de los sistemas de consulta y comunicación; 5. igual asignación de tareas en relación con los trabajadores a jornada completa, pero con atribución proporcional de las mismas; 6. carga de trabajo reducida; 7. Buena disposición a valorar la implicación del trabajador a tiempo parcial”¹⁵¹.

¹⁵¹ Citada por CABEZA PEREIRO, J., cit., p. 35. El citado autor añade a los citados criterios, el de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, y la posibilidad del trabajador a tiempo parcial de incrementar su jornada hasta alcanzar el tiempo completo. Sobre el trabajo a tiempo parcial como herramienta para compatibilizar la flexibilidad laboral y la conciliación de la vida personal y laboral, véase, SIRVENT GARCÍA DEL VALLE, E., *El trabajo a tiempo parcial como herramienta para compatibilizar la flexibilidad laboral y la conciliación de la vida personal y laboral*, CES, Madrid, 2009.

VI. LA FLEXIBILIDAD INTERNA COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN EMPRESARIAL: RAZONES DE SU ACTUAL FRACASO

Pilar Charro Baena

*Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Acreditada para el cuerpo docente de Catedráticos de Universidad)*

Universidad Rey Juan Carlos

1. Contextualización

Las sucesivas reformas del mercado laboral producidas en las últimas décadas han seguido un patrón similar. Siempre con el mismo objetivo de incrementar el nivel de empleo y evitar la destrucción de puestos de trabajo, han apostado, con mayor o menor profundidad y acierto, por incrementar la flexibilidad de entrada o de salida – favoreciendo y animando la contratación o facilitando la extinción de los contratos–, y por la flexibilidad interna –ampliando las facultades empresariales de gestión de la relación laboral como alternativa al despido y a la reestructuración de las empresas.

En la reforma laboral de 2012 (RDL 3/2012 y L 3/2012), la flexibilidad interna se presenta como **alternativa** de la flexibilidad de salida, como una solución menos traumática a las extinciones contractuales.

El haber insistido con fuerza en su Exposición de Motivos en la idea de la flexibilidad interna como mecanismo de gestión empresarial es mérito de la Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, aunque será el RDL 7/2011, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva el que la incluya de forma expresa en su articulado, dentro del contenido mínimo del convenio (hoy derogado), provocando así la juridificación del concepto de flexibilidad.

Pero ¿qué es la flexibilidad interna? Los preámbulos de las últimas normas laborales aluden a su significado típico, el relacionado con la facilidad de adaptación del volumen de la plantilla a los cambios productivos. O lo que es lo mismo, a un modo de gestionar la fuerza de trabajo de forma que sea capaz de hacer frente a dichos cambios. Sin embargo, en los últimos tiempos aparece la expresión flexibilidad interna como una expresión vinculada también a las siempre difíciles relaciones entre la norma estatal y la pactada.

Aun así, en este momento vamos a entender la flexibilidad interna como un modo de gestionar la fuerza de trabajo de forma que sea capaz de hacer frente a los cambios y necesidades productivas y con un contenido típico: clasificación profesional, tiempo de trabajo, movilidad funcional, movilidad geográfica, modificación sustancias de condiciones de trabajo, reducciones de jornada.

La idea central de estas reflexiones es muy simple: las sucesivas reformas que han incidido en la flexibilidad interna no han tenido el éxito esperado, aunque sí que se observa una tendencia creciente a su utilización. Y digo que no han tenido éxito porque hay que tener en cuenta que los mecanismos de flexibilidad interna ya existían desde antes de la reforma de 2012, incluso antes de la reforma de 2010. La de 1994 incorporó

elementos de flexibilidad importantes, haciendo desaparecer la previa autorización administrativa en muchas de las medidas de flexibilidad interna, que hasta ese momento quedaba condicionada a su obtención; a partir de ese momento la flexibilidad interna pasa a ser una facultad empresarial no condicionada a autorización previa alguna y simplemente sometida a control judicial ulterior.

La flexibilidad interna como alternativa a la externa no ha acabado de penetrar en la cultura empresarial española, que ha seguido mostrándose favorable a efectuar los ajustes por la vía extintiva.

2. Decálogo para un fracaso de la flexibilidad interna

A continuación se destacan algunas de las principales causas de la escasa utilización de las figuras encuadrables en la flexibilidad interna.

Primera: El hecho de que la regulación de las medidas para afrontar las situaciones de crisis en nuestro ordenamiento laboral sea **asistemática**, que no se establezca una prelación entre las medidas a adoptar y que tampoco estén suficientemente claras las reglas de juego ha propiciado este uso limitado.

Segunda: Las características de nuestro **tejido empresarial** formado fundamentalmente por pequeñas empresas y microempresas, con predominio de empresas que emplean a menos de 50 trabajadores (recuérdese que el Preámbulo de la Ley 3/2012 señalaba que este tipo de empresas representaba más del 90% del total) y en las que algunas medidas de flexibilidad interna, por ejemplo la movilidad geográfica, simplemente no tiene sentido.

Tercera: Clara **resistencia sindical** a la aceptación de cambios en este terreno. El éxito de las medidas de flexibilidad interna solo es posible con el apoyo de la negociación colectiva. Quizá porque el Gobierno se ha convencido de que el marco natural de ese tipo de flexibilidad es la negociación colectiva, el legislador, consciente de esa resistencia, aprovechó la reforma laboral de 2012 para relegar el convenio colectivo de ámbito sectorial, a favor del de empresa y reforzar el poder organizativo del empresario inherente a las medidas de flexibilidad interna incorporadas por la norma de 2012.

Cuarta: En ocasiones una **respuesta judicial** no siempre clara y obstaculizadora de la materialización real de medidas de flexibilidad interna, que generaba una falta de seguridad jurídica en cuanto a los resultados. De hecho, en numerosas ocasiones las empresas han optado mayoritariamente por extinciones indemnizadas, mucho más costosas económicamente para las empresas, por el hecho de que resultaba más fácil despedir improcedentemente que modificar las condiciones laborales.

Quinta: Algunos **trabajadores** han mostrado su **preferencia** por acogerse a un despido indemnizado y posterior prestación por desempleo, en lugar de ver modificadas sus condiciones de trabajo. El trabajador también ha de concienciarse de que su situación laboral no es inamovible sino que va a sufrir determinados cambios a lo largo de su vida laboral, incluso de gran calado.

Sexta: Se incrementan los mecanismos de la flexibilidad interna sin acompañarse de las garantías suficientes para que **la flexibilidad de salida deje de ser preferente**. Se trataría de que, al menos, no estuviesen al mismo nivel, que no sean alternativas

intercambiables, a libre opción del empresario. Parece que todos somos proclives a admitir que es mejor asumir medidas de flexibilidad interna que externa; que la flexibilidad interna es un “mal menor”.

Pero el legislador de 2012 parece que las sitúa “al mismo nivel”... al menos eso es lo que se deduce cuando en el apartado II del Preámbulo de la Ley 3/2012 se dice que lo que se pretende es **fomentar “el 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”**.

El propio título del capítulo III de la Ley 3/2012 se rotula “medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como **alternativa** a la destrucción de empleo”. No como medidas **prioritarias o preferentes**. El ordenamiento laboral facilita la flexibilidad interna, pero no la prioriza respecto a la externa. La reforma de 2012 no logra el equilibrio entre flexibilidad interna y externa, sino que refuerza esta última mediante, entre otras medidas, el abaratamiento del despido improcedente y la eliminación de los salarios de tramitación.

Séptima: No favorece, tampoco, el uso de las medidas de flexibilidad interna un **régimen de contratación temporal amplio**. La permisibilidad en la utilización de la contratación temporal permite, con un coste mucho menor para las empresas adaptar la plantilla a las bajadas de actividad productiva. Y qué mayor margen se tiene que con el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Solo se podrá invertir esta preferencia penalizando la utilización masiva e injustificada de contratos temporales

Octava: En situaciones de crisis, o como entiende el ET, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el legislador proporciona instrumentos para la gestión del personal, pero de manera independiente. Sería conveniente abordar aquella situación como una circunstancia central aglutinante de variadas herramientas de actuación, susceptibles de planes de actuación conjunta.

Novena: Otro error es partir de un diseño en el que necesariamente se vincula la flexibilidad (ya sea interna o externa) a la situación de crisis económica, cuando sobre todo la flexibilidad interna debe estar vinculada a una nueva gestión de la mano de obra más acorde con la globalización, la deslocalización, la estructuras empresariales complejas, la internacionalización de las empresas, la liberalización de los horarios.... Ello no obsta a que efectivamente en momentos de crisis y de un volumen de desempleo como el que tiene España haya que potenciar las vías que privilegian los mecanismos de adaptación y conservación del empleo frente a mecanismos extintivos.

Décima: Estos preceptos presentan lagunas y puntos oscuros y las empresas y los trabajadores se sienten con una gran dosis de inseguridad jurídica. A pesar de que se han detectado algunas incorrecciones, el legislador, salvo en algún aspecto puntual, no ha modificado el régimen jurídico, para corregirlos, desde 2012.

3. Ideas conclusivas

Para finalizar, conviene insistir en que, aunque la flexibilidad interna se presenta como alternativa a la de salida, en la actualidad sería más acertado considerarlas no como una alternativa, sino como un **complemento**. La flexibilidad interna tiene mayor intensidad cuando se promueve como medida de acompañamiento en procedimientos de despido colectivo. Pueden señalarse como ejemplos recientes de ello, la validación de la

conversión masiva de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, así como contratos fijos en fijos discontinuos, alcanzada con acuerdo en período de consultas de despido colectivo, para evitar despidos (STS 19-03-2014, rec. 226/2013) o la admisión de la inaplicación retroactiva del incremento salarial del convenio en procedimiento de mediación de despido colectivo, resuelto por el procedimiento de mediación, que redujo sustancialmente el número de despidos colectivos (SAN 4-07-2013, proced. 169/2013 y 17-07-2013, proced. 168/2013).

A modo de conclusión: se dice que la flexibilidad interna se configura como un conjunto de medidas de ajuste **defensivo** conservador, pero debería entenderse como conjunto de medidas de ajuste **preventivo** conservador, que permita compatibilizar una gestión flexible de mano de obra con un grado de protección suficiente para los trabajadores. Solo así se podrá evitar que en crisis futuras, los ajustes se realicen de un modo distinto y se evite la destrucción masiva de empleo, como se viene produciendo en los últimos años.

VII. EL DESPIDO COMO ÚLTIMA RATIO DOTADA DE FLEXIBILIDAD. LA INCIDENCIA DE LA REFORMA LABORAL DE 2012 EN EL RÉGIMEN DEL DESPIDO

Lourdes Meléndez Morillo-Velarde

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

1. Introducción

La reforma que llevó a cabo el Real Decreto Ley 3/2012, convalidado por la Ley 3/2012, supuso un importantísimo cambio en el modelo español de relaciones laborales. Los cambios operados por las normas citadas más que proceder a la reordenación de aquellas materias que se consideraba que necesitaban una mayor atención, afectó a los propios pilares del Derecho del Trabajo.

La crisis económica que afectaba a España desde el año 2008, puso de relieve las principales debilidades del modelo laboral. No puede negarse la gravedad de la crisis actual, sin precedentes en nuestra historia reciente, España destruía más empleo, y más rápidamente, que las principales economías europeas. Los datos de la Encuesta de Población Activa del primer trimestre de 2014 describían bien esta situación: la cifra de paro se situaba en 5.933.300 personas, lo que suponía una tasa de paro que se situaba en el 25,93%¹⁵². A esta alta tasa de desempleo se añadía que los problemas del mercado de trabajo español más que coyunturales eran estructurales, afectando a los fundamentos mismos del modelo sociolaboral español, por lo que requerían una reforma de envergadura.

La gravedad de la situación descrita exigía una reforma capaz de proporcionar a los operadores económicos y laborales, un horizonte de seguridad jurídica y confianza en el que desenvolverse para conseguir incrementar el nivel de empleo. No es por tanto de extrañar que en el propio preámbulo del RD Ley 3/2012 el legislador destacase la necesidad de atajar de raíz los problemas estructurales del modelo laboral español a través de una reforma de envergadura; reforma que venían reclamando desde hacía tiempo las instituciones comunitarias e internacionales. El RD Ley 3/2012 plantea un conjunto de medidas que persiguen lograr la tan invocada flexiseguridad. Entre tales medidas ocupa un lugar preeminente la de favorecer la eficiencia del mercado de trabajo con medidas que afectan principalmente a la extinción de contratos de trabajo¹⁵³.

¹⁵² http://www.ine.es/inebaseDYN/epa30308/epa_inicio.htm.

¹⁵³ Sobre la flexiseguridad en el empleo, vid. RAMOS, J., “Flexibilidad y nuevos retos laborales: ¿resignación o imaginación?”, *Relaciones Laborales*, I, 2001, págs. 609 ss. HERRÁINZ MARTÍN, M.S., “La puesta en práctica de la flexiseguridad: ¿una posición mágica para los problemas de empleo en los países de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 72, 2007, págs. 231 y sigs. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral”, en AA.VV., *Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990, pág. 267. DE LA VILLA GIL, L.E., “Acabar con el trabajo precario. Un aspecto concreto del acuerdo interconfederal para la negociación colectiva de 2005”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 11, 2006, pág. 2, <http://www.iustel.com>.

El legislador parte de la premisa de que el propósito principal es establecer alternativas a la destrucción de empleo, mediante la aplicación en la empresa de otras medidas que posibiliten la superación de las situaciones económicas negativas, de forma que la extinción del contrato de trabajo sea el último recurso al que acudir. No obstante lo anterior, lo cierto es que la flexibilización del modelo de relaciones laborales se aprecia con mayor intensidad, si cabe, en el régimen jurídico del despido colectivo.

En otro orden de consideraciones, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el número de despidos colectivos ha ido disminuyendo de forma paulatina. En el período de enero a julio de 2015 se aprecia una tendencia claramente bajista. En ese período un total de 14.968 trabajadores resultó afectado por una medida de flexibilidad, lo que supuso 9.305 trabajadores menos que el mismo período del año 2014. A su vez implica una reducción del 38,3% con respecto al mismo período del año anterior.

2. Las medidas de flexibilidad interna en la reforma

Frente a situaciones de crisis en la empresa, el primer recurso al que deberían acudir los empresarios es a la aplicación de las medidas de flexibilidad interna. Estas medidas se configuran como mecanismos para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo. Entre ellas, la Ley 3/2012 mencionaba expresamente: clasificación profesional, tiempo de trabajo, movilidad funcional, movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, negociación colectiva, medidas de apoyo a la suspensión de contratos y a la reducción de jornada.

Todas ellas al tiempo que preservan el nivel de empleo en la empresa, permiten la adaptación de las condiciones de trabajo a las necesidades de la empresa en un momento determinado.

* MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE TRABAJO.- En el marco del art. 41 ET, se simplifica la distinción entre modificaciones sustanciales individuales y colectivas; se incluye la modificación sustancial de funciones y de estructura y cuantía salarial como causa de rescisión indemnizada del contrato de trabajo.

El capítulo III de la Ley 3/2012, agrupa diversas medidas bien heterogéneas. Con la idea de que el sistema de instituciones laborales previo es inadecuado para la situación de una economía moderna y competitiva, se introducen cambios de relevancia. Es significativo que uno de los temas abordados desde esa óptica sea el de los convenios y la negociación colectiva: a partir de esa base se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de *ultraactividad* de los convenios colectivos.

* INAPLICACIÓN DE CONVENIOS.- Hasta la reforma del art. 82.3 ET por la Ley 3/2012, la posibilidad de inaplicación del convenio colectivo en empresas en situación desfavorable se refería sólo y exclusivamente al régimen salarial. Tras la reforma, la posibilidad de descuelgue se reconoce respecto de todo un elenco de condiciones de trabajo previstas en el convenio de aplicación en la empresa, ya sea éste un convenio de empresa o de ámbito superior a la misma. Lo que ha querido el legislador es que la negociación colectiva, lejos de ser un obstáculo, se convierta en un instrumento para adaptar las condiciones laborales a las necesidades de la empresa garantizando así su viabilidad.

También con ese propósito común de que las condiciones de trabajo, y por ende el convenio colectivo donde las mismas se contemplan, se adapte “a los cambiantes escenarios económicos y organizativos”, se incorporó la posibilidad de que la negociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio.

*PRIORIDAD DEL CONVENIO DE EMPRESA.- Una de las materias más debatidas en los últimos meses se refiere a la inadecuación de los grandes convenios sectoriales cuando se trata de aproximarse a una concreta empresa. Por eso no extraña el deseo legislativo 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.

El RD Ley 7/2011 ya se ocupó el tema e introdujo importantes cambios, otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo. Sin embargo, lo cierto es que la efectiva descentralización de la negociación colectiva, esto es, la primacía del convenio empresarial concurrente, se dejó en manos de los convenios estatales o autonómicos, pudiendo impedir esa prioridad aplicativa. La novedad que ahora se incorpora va encaminada, precisamente, a garantizar dicha descentralización convencional 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.

Tras la Ley 3/2012 se reconoce la prioridad aplicativa del convenio de empresa en diversas materias y, lo que es más importante, se admite la posibilidad de que surja en cualquier momento, con independencia de que se esté aplicando un convenio de ámbito superior.

En suma: la empresa puede desplazar la aplicación de lo pactado colectivamente de diversos modos:

- Mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa. En cualquier momento y respecto de las materias listadas por la Ley.
- Mediante el descuelgue. Solo si existe causa y se sigue el procedimiento legalmente establecido; es imprescindible también el acuerdo, aunque un laudo arbitral puede desempeñar el mismo papel.
- Mediante una modificación sustancial de condiciones de trabajo: respecto de lo pactado colectivamente pero no mediante convenio. En este caso la mera voluntad empresarial puede bastar para introducir el cambio.

3. La reforma del despido colectivo: alcance y objetivos

Una de las principales características del mercado de trabajo español era precisamente la falta de un cierto nivel de flexibilidad interna. Esta carencia se traducía principalmente en una acusada rotación y segmentación del mercado laboral que ha venido afectando principalmente a los trabajadores con contrato temporal. Con el propósito de incrementar la eficiencia del mercado de trabajo y de reducir la dualidad existente entre trabajadores con contrato temporal y con contrato por tiempo indefinido, el capítulo IV de la Ley 3/2012 recogía un conjunto de medidas que afectaban esencialmente a la extinción del contrato.

3.1. Objeto y alcance de la reforma

Durante largo tiempo el despido colectivo regulado en el art. 51 ET, se ha caracterizado por ser un medio de extinción del contrato de trabajo sometido a un estricto control administrativo, lo que se revelaba como claramente contrario a la celeridad que debería resultar exigible cuando se trataba de acometer reestructuraciones empresariales.

El expediente administrativo que debía sustanciarse ante la autoridad laboral –donde residía la potestad para autorizar o desautorizar este tipo de despidos–, junto con las posibles impugnaciones administrativas y judiciales de la resolución del procedimiento, resultaba contrario a los intereses en juego. Debe recordarse que se trata de empresas en crisis que intentan superar una situación económica difícil acometiendo, entre otras medidas, la reducción del volumen de su plantilla, por lo que los retrasos, inevitables y comunes, en este tipo de procedimientos podían tener como consecuencia que en el momento de darse la autorización definitiva e irrecurrible para el despido, la empresa se hubiera visto ya abocada al cierre.

Junto a lo anterior, debe recordarse que en el despido colectivo había una cierta tendencia a alcanzar acuerdos extintivos con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta, de modo que el empresario se aseguraba así la autorización de la autoridad laboral. Y ello se hacía muchas veces a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores despedidos muy superiores a la legalmente prevista, con lo que se desnaturalizaba el período de consultas con los representantes de los trabajadores que debe versar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales destinadas, en especial, a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.

Por ello, en la Ley 3/2012 el legislador abogaba claramente por el acuerdo con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta como mecanismo para asegurar la viabilidad de los despidos colectivos propuestos. Desaparece de esta forma el procedimiento administrativo que culminaba con la autorización de la autoridad laboral para sustituirlo por un período de consultas con la representación de los trabajadores. El período de consultas debería finalizar con acuerdo, pero aun en el caso de inexistencia del mismo no se impide al empresario proceder al despido del número de trabajadores propuesto. Aunque ello sin perjuicio de la posibilidad de impugnar el despido en sede judicial.

El conjunto de medidas referidas a la extinción del contrato de trabajo recogidas en el capítulo IV, se iniciaba con ya mencionada reforma del régimen jurídico del despido colectivo, que se acompañaba de una asimilación de estos despidos colectivos con el resto de despidos a efectos de su impugnación y calificación judicial, con la particularidad de que se prevé una acción para la que están legitimados los representantes de los trabajadores y que permitirá dar una solución homogénea para todos los trabajadores afectados por el despido. También se modificaba la justificación de estos despidos. El art. 51 ET se limita ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que, como se indica en la exposición de motivos, venían introduciendo elementos de incertidumbre. Esas referencias se referían a proyecciones de futuro, de imposible prueba, y a una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los Tribunales realizasen, en ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Tras la reforma parece que el control judicial de los

despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas.

También la nueva regulación del despido colectivo refuerza los elementos de carácter social que deben acompañar a estas extinciones. Por un lado se incentiva que mediante la autonomía colectiva se establezcan prioridades de permanencia ante la decisión de despido de determinados trabajadores, tales como aquellos con cargas familiares, los mayores de cierta edad o personas con discapacidad. Por otro lado, si los despidos colectivos afectan a más de cincuenta trabajadores, el ET recoge una efectiva obligación empresarial de ofrecer a los trabajadores un plan de recolocación externa, que incluya medidas de formación, orientación profesional, atención personalizada y búsqueda activa de empleo.

A pesar del deseo del legislador de introducir una mayor seguridad jurídica y mayores dosis de sencillez en el procedimiento del despido colectivo, la reforma ha provocado una cascada de dudas, problemas aplicativos e interpretativos y litigiosidad, con particular incidencia en la concreción de los motivos de nulidad del procedimiento, lo cual enraza en buena medida con el complejo desarrollo reglamentario del art. 51 ET, que incluso ha dado lugar a que unos meses después de adecuarse a la reforma, haya requerido a su vez de una nueva versión introducida por el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto.

3.2. Las causas en el despido colectivo

Un lugar destacado en la reciente reforma del despido colectivo lo ocupan las causas. En concreto, la identificación del significado de cada una de las que enumera el art. 51 ET, el control de su concurrencia y el control de razonabilidad o de adecuación entre la situación de la empresa y la medida propuesta por el empresario.

En la formulación del art. 52.1 ET son las “*causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*” las condiciones para poder recurrir a esta medida extintiva. No obstante, la conformidad a Derecho de la medida extintiva propuesta dependerá en primera instancia, de que el empresario pueda probar que concurre la causa que alega para el despido.

Son numerosos los interrogantes que planteaba la regulación del despido colectivo. En otras, si procede el despido cuando la empresa está atravesando por una situación desfavorable de carácter transitorio o, por el contrario, si debe tratarse de una situación negativa prolongada o, al menos, de previsible persistencia, o ¿cuánto tiempo debe haber estado la empresa en esa situación negativa o, al menos, desfavorable? Sin duda, nos encontramos ante cuestiones fundamentales para el despido, por lo que cobran un especial protagonismo las decisiones de los diversos sujetos que intervienen en el procedimiento de despido y la interpretación técnica sobre el tenor de la Ley.

3.3. La identificación de las causas

Como se ha señalado, el art. 51.1 ET identifica como causas para el despido colectivo, las económicas, técnicas, organizativas o de producción.

A. Causa económica

Concorre 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. En todo caso, se entenderá que la disminución 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.

De la regulación contenida en el art. 51.1 pueden extraerse las siguientes ideas:

- La *situación económica negativa* ha de darse en todo caso; se trata de concepto muy etéreo, con las ventajas e inconvenientes que ello posee.

- Las *pérdidas* son el mejor ejemplo de marcha desfavorable en la empresa. Ninguna valoración acerca de su intensidad (más o menos importantes) o duración (mayor o menor persistencia) aparece en la norma.

- La minoración de ingresos o ventas aparece como otro ejemplo cualificado de situación económica negativa; nada hay acerca de su mayor o menor intensidad, pero sí una importante matización sobre el vector cronológico: tres trimestres consecutivos integran la exigencia de suficiente duración¹⁵⁴.

- La nota de la persistencia (que hace presumir la concurrencia de la causa) resulta de la comparación entre los ingresos ordinarios o ventas de los trimestres del año en curso con los mismos trimestres del año anterior. Debe tratarse, por tanto, de una situación persistente y no coyuntural¹⁵⁵.

- Los trimestres parece que han de ser naturales, es decir, enero-marzo, abril-junio, julio-septiembre, octubre-diciembre.

Debe tenerse en cuenta en relación con esta causa económica el ET no exige que sea una realidad negativa e irremediable, bastando con que se prevea como un peligro probable¹⁵⁶. Así se pone de manifiesto cuando el ET art. 51.1 determina que concorre causa económica: cuando de los resultados de la empresa *se desprenda una situación económica negativa, caracterizada tanto por la existencia de pérdidas actuales como por la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. La referencia en la Ley a ingresos o ventas ordinarios descarta su comparación con posibles ingresos o ventas extraordinarios en la empresa*¹⁵⁷.

La duda acerca del alcance de la expresión disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas, la resuelve el legislador vinculándola a la reducción durante tres trimestres consecutivos del nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre siempre que sea inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Esta situación puede darse aun cuando la empresa obtenga beneficios, pues lo único

¹⁵⁴ Aunque no se aclara cómo medir la persistencia del descenso, si cada cual descendiendo respecto del inmediatamente precedente, o bastando con que los dos minoren lo que arrojaba el inicial.

¹⁵⁵ En este sentido, CARRASCOSA BERMEJO, D., “El despido individual tras las reformas de 2012 (Real Decreto-Ley 3/2012, Ley 3/2012 y Real Decreto-Ley 20/2012)”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 88, enero-abril 2013, pág. 174.

¹⁵⁶ Véase: MARTINEZ MOYA, J., “Las causas de los despidos económicos una perspectiva jurídica”, en A.A.V.V., DESDENTADO BONETE, A. (Dir.) y DE LA PUEBLA PINILLA, A. (Coord), *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág.115. Una detallada exposición de las diferentes opciones doctrinales puede verse en AGUT GARCÍA, C., *La cláusula de descuelgue salarial*, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 219-233.

¹⁵⁷ MERCADER UGUINA, J., “El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del convenio colectivo, convenios de empresa y ultractividad”, *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, La reforma laboral de 2012*, Madrid, octubre de 2012, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos .

*que exige la Ley es que se produzca una reducción de ingresos, pero no que esa reducción de ingresos se plasme en una serie de pérdidas*¹⁵⁸.

Así por ejemplo, un descenso en la facturación en términos interanuales del 6,8 %, junto con el hecho de que en 2011 la sociedad entró en pérdidas (-2,9 millones de euros); situación que empeoró en 2012 (-3 millones de euros), manteniéndose la tendencia negativa en las previsiones del 2013 (-2,5 millones de euros); y ello unido a que los resultados consolidados del grupo que durante 2011, 2012 y 2013 habían arrojado unas pérdidas importante, se consideró causa justificativa de las medidas propuestas por la empresa (Laudo arbitral de 31 de julio de 2013, expediente seguido ante la CCNCC 16/2013).

Sin perjuicio de que las pérdidas previstas se consideren causa justificativa para acometer un despido colectivo, como indica alguna sentencia, la acreditación de la causa obligará a una prueba exigente para el empresario, dado que no es expresiva de una situación real sino de una hipotética o presumible situación futura, ha de ser examinada y valorada con cautela y, por tanto, exige una perfecta acreditación de hechos indiciarios de los que se pueda inferir racionalmente y con clara probabilidad, la existencia de pérdidas en el futuro.

Así, para la STSJ La Rioja 27 febrero 2012 (JUR 2012, 87678) si la empresa alega pérdidas previsibles, deberá acreditar indicios sólidos de que van a producirse. No concurre el indicio sólido exigido si la empresa tuvo beneficios en un determinado año y la previsión negativa se apoya sólo en un trimestre. *De hecho, en estos casos a los empresarios podrían exigírseles pruebas suficientes para justificar la medida, incluyendo incluso la elaboración de estudios de viabilidad económica y financiera de la empresa, del sector y del contexto económico en el que opera, para justificar el despido.* Como se indica en el antes mencionado laudo arbitral de 31 julio 2013 (expediente seguido ante la CCNCC 16/2013) la previsión de pérdidas debe argumentarse por el empresario, aportando datos sobre la realidad presente y aun pasada de la empresa, y razonando a partir de ellos la evolución previsible de la situación de ésta.

En la misma línea, aunque en este caso en referencia a un despido objetivo, la STS 12 junio 2012 (RJ 2012, 7626), otorga validez al despido por disminución del volumen de negocios, indicando, además, que en la nueva delimitación de elemento causal no se exige la finalidad de contribuir a la superación de la situación negativa, y se refiere tanto a pérdidas actuales o previstas, como a la disminución del volumen de ingresos, estableciendo que “en general, tanto la doctrina científica como la jurisprudencial estiman que estos criterios legislativos más flexibles en la interpretación de las causas del despido económico se deben a que el legislador asumió como propia la flexibilidad interpretativa que adoptó la jurisprudencia. Y esta flexibilización en la configuración de las causas se pone de relieve, de forma más acentuada todavía, con la reforma de 2010 que cristaliza en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, que es la norma aplicable en este caso dada la fecha de los despidos producidos” (fj. 3º y 4º).

De cualquier modo no debe olvidarse que, conforme a las previsiones del nuevo artículo 51.1 ET, corresponde a empresario y representantes de los trabajadores negociar sobre

¹⁵⁸ Véase con amplitud sobre la identificación de la causa económica que si bien aquí se vincula con los presupuestos para el descuelgue de condiciones de trabajo, coincide en su práctica totalidad con la causa económica prevista para el despido colectivo: SEMPERE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El “descuelgue” y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, Francis Lefbvre, Madrid, 2014, epígrafes 355-385

el de despido colectivo, por lo que a ellos competirá la determinación de si concurre la causa económica que habilita para proceder a la extinción de los contratos de trabajo por esta vía. Aunque ello, claro está, sin perjuicio de que el propio artículo 51 ET reconozca al empresario la posibilidad de adoptar la decisión última sobre el despido en caso de desacuerdo y a los representantes de los trabajadores la potestad de impugnar tal decisión en vía judicial.

B. Causa técnica

Art. 51.1 ET: “hay causa técnica cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”. Se trata de causas que se relacionan, por ejemplo, con los avances en materia de mecanización, automatización, informatización, etc., que sería necesario incorporar a la actividad productiva para evitar su obsolescencia¹⁵⁹.

La causa en la formulación del art. 51.1 ET no se vincula a ninguna otra exigencia adicional como pudiera ser, por ejemplo, la necesidad de efectuar un cambio en los medios o en los instrumentos de producción para mejorar la competitividad de la empresa, asegurando su pervivencia en el mercado. En suma, se trata de dar una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, causa esta que normalmente se producirá en situaciones económicas negativas, (SAN 4 julio 2013 [AS 2013, 2940])

C. Causa organizativa

Existe causa organizativa “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” (art. 51.1 ET). En este caso, se trataría de las causas que se corresponden con la necesidad de adecuar la estructura empresarial así como los medios personales y materiales de que dispone la empresa o a las líneas de producción que desarrolla, de forma que produzca una mejor presencia en los mercados en que ha de actuar (STSJ Galicia 31 octubre 2001 [AS 2001, 4316]).

Resulta útil en este punto, acudir a algunas resoluciones judiciales que identifican algunos criterios o datos que ayudan a entender el alcance de la locución legal:

-Cuando debe ajustarse el número de alumnos a las asignaturas ofertadas incrementando la jornada del personal con la correlativa supresión de grupos (de docencia) y amortización de plazas de profesorado, como consecuencia de la reducción del déficit público (STSJ de Castilla y León 29 noviembre 2012 [AS 2013, 55]).

-Cuando la empresa presenta una situación económica negativa por insuficiencia presupuestaria, al tener que atender deudas correspondientes al ejercicio anterior, que conlleva una reestructuración en la organización de la actividad docente (STSJ de Castilla y León 29 noviembre 2012 [AS 2013, 55])

-Cuando hay una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y un persistente sobredimensionamiento de la plantilla del personal laboral de un Ayuntamiento (STSJ Castilla la Mancha 17 julio 2012 [JUR 2012, 274150] y Cantabria 26 septiembre 2012 [AS 2012, 2599]).

¹⁵⁹ DESDENTADO BONETE, A., «El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control», AA VV *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Ibídem, 1995, pág. 261.

D. Causa productiva

La causa productiva implica “cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado” (art. 51.1 ET). Se trataría de causas que se refieren al “al resultado del proceso de trabajo, a la configuración del bien o servicio producido por la empresa”¹⁶⁰; “a los costes y volumen de la producción, para adecuarla a las exigencias del mercado, impidiendo que su desajuste ponga en peligro la actuación competitiva de la empresa” (STSJ Galicia 31 octubre 2001 [rec. 5146, 2001]).

Al igual que sucede en el supuesto anterior, no parece haber afinado demasiado la Ley al indicar que “*se entiende que concurren causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado*”. Por eso también parece muy útil recordar algunos ejemplos concretos en los que se ha apreciado su concurrencia:

-La pérdida o disminución de encargos de actividad, dado que implica una reducción del volumen de producción contratada. Pero también puede considerarse como una causa organizativa al afectar a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores (SSTS 7 junio 2007 [RJ 2007, 4648] y 16 septiembre 2009 [RJ 2009, 6157]).

-La renovación de la contrata con reducción de su objeto puesto que implica un menor encargo de servicios y, por lo tanto, de ocupación (STS 16 septiembre 2009 [RJ 2009, 6157]).

-La disminución de la cifra de negocio de los servicios encomendados a la empresa que le obliga a restringir sus presupuestos de inversiones (STSJ Canarias 28 febrero 2013 [AS 2013, 1562]).

-Hay causas económicas y productivas en los casos de descenso de ventas y existencia de pérdidas cuantiosas y continuadas, existiendo conexión funcional de las medidas adoptadas (SAN 21 noviembre 2012 [rec. 142, 2012] y 25 febrero 2013 [AS 2013, 177]).

-Hay causa productiva y organizativa si la empresa tiene una capacidad productiva muy superior a la demanda de servicios requerida por un mercado a la baja (SAN 4 abril 2013 [AS 2013, 1816]).

Nótese que en las causas productivas, los cambios que podrán alegarse para justificar el descuelgue se producen por circunstancias externas o ajenas a la empresa¹⁶¹; pero estos cambios le van a obligar, al igual que en los casos anteriores, a adoptar medidas de flexibilidad.

3.4. Las causas del despido y la conexión de causalidad

El legislador de la reforma de 2012 ha querido dar un papel preponderante a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP). Así lo manifiesta en la propia exposición de motivos, cuando indica que “la ley se ciñe ahora a delimitar las

¹⁶⁰ DESDENTADO BONETE, A., op. ult. cit., pág. 261.

¹⁶¹ MOLINS GARCÍA-ATANCE J., “Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del despido objetivo y colectivo”, *Aranzadi Social* núm. 1/2011, pág. 17.

causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre”. Elementos de incertidumbre que venían motivados por las diferentes valoraciones que hacían los órganos de la jurisdicción social tanto sobre la concurrencia de la causa, como sobre si la causa alegada el empresario justificaba acudir a este tipo de despidos. Como quiere el legislador, “ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”, obviando, parece, cualquier tipo de valoración subjetiva sobre la adecuación entre la causa alegada y el despido efectuado¹⁶².

Parece que con la reforma, el papel de Jueces y Tribunales en los despidos basados en causas ETOP queda limitado al control de la concurrencia de la causa alegada, de forma que constatada la existencia de cualquiera de las causas que enumera el art. 51.1 ET, de forma que quedaría fuera del poder del juzgador, fiscalizar si la misma justifica la extinción de un número determinado de contratos o si, por el contrario, tales extinciones constituyen una medida desproporcionada que no se adecúa a la situación por la que atraviesa la empresa, plasmada en la causa alegada por el empresario para despedir.

En fin, la reforma del mercado de trabajo lleva a cabo una reformulación de la caracterización legal de estos despidos, a fin de que el control judicial se centre sólo en la valoración del cumplimiento del procedimiento de despido y en la concurrencia de la causa. Por ello, y como se ha indicado, el legislador introduce en la Ley criterios objetivos para la valoración judicial, suprimiendo otras referencias de carácter finalista que permitían controles de oportunidad, así como juicios de razonabilidad sobre la adecuación entre situación de la empresa y medida propuesta. Aunque ello “no significa que queden fuera del estándar de racionalidad, que es de aplicación y observancia general en toda decisión jurídicamente relevante, porque de lo contrario para nada quedaría el derecho al trabajo y el principio de equilibrio y proporcionalidad de los intereses en juego que es preciso atender desde una lógica estrictamente contractual. No se puede eludir la verificación de la “razonabilidad” de la medida adoptada”¹⁶³.

Nótese que la reforma del despido colectivo ha supuesto dar un mayor protagonismo al empresario y a los representantes de los trabajadores. La determinación de si concurre la causa alegada compete a ambos sujetos. En primer lugar, el empresario debe aportar toda la documentación de donde se extraiga que concurre la causa que alega; durante el período de consultas, uno de los temas objeto de debate es precisamente el relativo a la determinación de si concurre la causa alegada, y se trata de que ambos sujetos alcancen un acuerdo en cuanto a las causas del despido, aunque en última instancia y a falta de acuerdo será el empresario el que decida sobre el despido sobre la base de la concurrencia de la causa que alega. El control judicial se configura como un control *a posteriori*, esto es, cuando el empresario haya adoptado su decisión extintiva y a instancia de parte. En este punto, compete al órgano jurisdiccional controlar la legalidad de la decisión extintiva, lo que pasa por verificar tanto la realidad de la causa, como la razonabilidad de la medida adoptada.

¹⁶² Cfr., CARRASCOSA BERMEJO, D., “El despido individual tras las reformas de 2012 (Real Decreto-Ley 3/2012, Ley 3/2012 y Real Decreto-Ley 20/2012)”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 88, enero-abril 2013, pág. 175.

¹⁶³ MONEREO PÉREZ, J.L., “El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado “expediente” de crisis)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2013.

En particular, en cuanto a la documentación que debe aportar el empresario, y que permita verificar la realidad de la causa que justifica el despido, hay que acudir a los arts. 2, 3, 4 y 5 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

La documentación que debe aportarse por el empresario para justificar el despido propuesto, varía en función de la causa que haya alegado:

** En supuesto de causas económica*

En despido fundado en causas económicas: memoria explicativa que acredite los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa (RD1483/2012 art. 4).

-Para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga. En particular, deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría (RD 1483/2012 art. 4.2).

-Si la situación económica negativa alegada consiste en una previsión de pérdidas, el empresario deberá además informar de los criterios utilizados para su estimación, y deberá presentar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión (RD 1483/2012 art. 4.3).

-Si la situación económica negativa alegada consiste en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el empresario deberá aportar, además de la documentación prevista en el apartado 2, la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los dos trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior (RD 1483/2012 art. 4.4).

-Si la empresa que inicia el procedimiento forma parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha

hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento (RD 1483/2012 art. 4.5).

** Si se alegan causas técnicas, organizativas o de producción:*

-Memoria explicativa de las causas técnicas, organizativas o de producción que justifican el descuelgue, que acredite la concurrencia de alguna de las causas señaladas (RD 1483/2012 art. 5.1).

-Informes técnicos que acrediten, en su caso, la concurrencia de las causas técnicas, derivadas de los cambios, entre otros, en los medios e instrumentos de producción; la concurrencia de las causas organizativas derivadas de los cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción o la concurrencia de las causas productivas derivadas de los cambios, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado (RD 1483/2012 art. 5.2).

4. El papel de los Tribunales en el control del despido colectivo

Como se dijo, la reforma de 2012 ha incidido de forma determinante en las extinciones de contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas; se ha producido una reformulación de la caracterización legal de estos despidos a fin de que el control judicial se centre exclusivamente en valorar que se cumplen los requisitos formales y que concurre la causa que alega el empresario. A los efectos de verificar el cumplimiento de la causa, el legislador ha optado por introducir criterios objetivos, al tiempo que ha suprimido referencias de carácter finalista que permitían a los Jueces realizar controles de oportunidad con el objeto de verificar si se cumplían las causas alegadas.

Si se cumplen las causas alegadas por la empresa, debe determinarse la procedencia de los despidos realizados. No obstante, ha sido una práctica constante en el ordenamiento jurídico español la omisión por parte del empresario de justificar el despido en alguna de las causas legalmente previstas, bien porque directamente se omitía la alegación de causa alguna, bien porque la causa alegada era inexistente. En cualquiera de los dos casos ello conducirá a la determinación de la improcedencia del despido.

Probablemente haya sido este cambio en las posibilidades de control de la concurrencia de la causa alegada, lo que ha determinado que la calificación de procedencia del despido se haya incrementado a partir de la entrada en vigor de la reforma laboral¹⁶⁴.

Pese a ello, debe tenerse en cuenta que el Convenio 158 de la OIT, ratificado por España, estipula como requisito en su art. 4 que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador “a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. Asimismo la Comisión de Expertos remarca que

¹⁶⁴ Véase Informe de evaluación de impacto de la reforma laboral, MEYSS, 2013.

la necesidad de fundamentar el despido en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio, por lo que una pretendida reforma de las causas de despido colectivo, que tratara de descausalizarlo a través de una declaración automática de procedencia basada en una mera alegación de alguna de las causas recogidas en el art. 51.1 ET chocaría frontalmente con esta previsión del convenio 158 de la OIT.

Sobre la base de lo anterior cabe cuestionarse si en el control judicial de las causas “cabe una racionalidad finalista, es decir la idoneidad y proporcionalidad, o si solo cabe determinar si existe la causa en estricto sentido” y no hay que olvidar que en los casos de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, si el trabajador la considera injustificada tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, una junta de arbitraje o un árbitro, y tales organismos estarán facultados para examinar las causas invocadas, para decidir acerca de las causas invocadas, para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales, para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada¹⁶⁵.

En esta misma línea se remarca que la protección contra el despido injustificado (art. 30 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), no exigirá un juicio de racionalidad y de proporcionalidad sobre la medida extintiva. Junto a ello, habrá que determinar siempre el número de despidos proyectados y si es así, debe cuestionarse si cabe cualquier volumen sin más por la mera existencia de las causas. Obviamente la respuesta debe ser negativa, pues al tiempo el empleador siempre tendrá que alegar una causa seria y razonable y de suficiente entidad para efectuar un determinado número o volumen de despidos¹⁶⁶.

La propia exposición de motivos de la Ley 3/2012 remarca que “la ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre (...)” y que a lo largo del artículo 51 ET no se incluyen ya referencias a la viabilidad del proyecto empresarial, a la capacidad de la empresa para mantener el volumen de empleo, a la exigencia de justificar la razonabilidad del despido o a su contribución a mejorar la situación a través de una más adecuada organización de los recursos, lo que podría llevar a pensar que es intención del legislador garantizar que los Jueces se limiten llevar a cabo una constatación automática o directa de la concurrencia de las causas alegadas por el empresario. Ello parece implicar, como se ha señalado, que “el control judicial no debe entrar en ningún tipo de análisis sobre la justificación de la medida: ni de oportunidad, ni de proporcionalidad, ni tan siquiera de mera razonabilidad”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “El despido objetivo y el despido disciplinario”, *Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2013. Véase también MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”. *Temas laborales*, nº 115, 2012.

¹⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., “El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado “expediente” de crisis)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2013.

¹⁶⁷ SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M., “El despido colectivo: reflexiones sobre sus nuevos contornos”, *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 88, enero-abril 2013, pág. 210. También CARRASCOSA BERMEJO, D., “El

Siguiendo con este planteamiento nótese, además, que ahora se introduce una relación ejemplificativa en el art. 51 ET. No se trata de una lista cerrada de causas, sino que el legislador se limita a enumerar algunas de las causas que determinarían la procedencia de un despido colectivo, utilizando las expresiones “en casos tales como” o “entre otras”, al referirse a pérdidas operativas, descenso persistente de facturación, cambios en los medios de producción, sistemas de trabajo, etc. De esta relación meramente ejemplificativa podría deducirse que los órganos jurisdiccionales se encontrarían vinculados por esa posible declaración automática de procedencia del despido cuando se alegue una de las causas expresamente mencionadas, pero nada impediría que en el caso que se alegue otra causa por el empresario, pueda entrarse a analizar la misma en los términos en que se venía haciendo hasta la reforma.

De la mera lectura del modificado art. 51.1 ET, podría afirmarse que aparentemente nos encontramos ante un sistema de despido colectivo más flexible y con exigencias más laxas en lo que a las causas se refiere. No obstante, ello no supone que el despido colectivo se convierta en un mecanismo de reducción de plantillas por la sola constatación de la causa económica. Al contrario, el hecho de que se hayan flexibilizado los requisitos legales para la extinción por motivos ETOP no supone que no sea preciso que el empresario justifique la medida¹⁶⁸.

No obstante, en la práctica no se han alterado los fundamentos del despido. En particular del requisito de justificar la medida alegada por el empresario para proceder a la extinción de contratos de trabajo, así se pone de manifiesto con claridad en la STSJ Madrid de 2 marzo 2012 (JUR 2012, 117597), cuando se destaca que “la flexibilización de los requisitos legales para la extinción por causas económicas y el respeto por el poder de dirección del empresario no supone la ausencia de la necesidad de una justificación real de la medida”.

Además, debe destacarse en papel fundamental que están jugando los Tribunales al fijar los criterios interpretativos del nuevo art. 51 ET; valga como ejemplo la sentencia de la AN 28 septiembre 2012 (AS 2012, 2515), cuando sienta las siguientes bases para determinar la calificación del despido colectivo, atendiendo a las causas alegadas:

- No puede juzgarse cómo influye el despido en la viabilidad futura de la empresa;
- No debe examinarse la habilidad del empresario para gestionar su negocio;
- Con el despido no se trata de lograr objetivos futuros sino de adecuar la plantilla a la situación presente de la empresa;
- La finalidad de la medida extintiva: afrontar la situación negativa.

En lo que respecta a la adecuación de la medida propuesta, si bien alguna sentencia defendió la desaparición de la conexión de funcionalidad, porque ya no se contenía en la regulación del art. 51 ET (SSTSJ Madrid de 11 junio 2012 [JUR 2012, 227382] y Cantabria de 26 septiembre 2012 [AS 2012, 2599]); lo cierto es que para la AN el art. 51.1 ET no ha eliminado la conexión de funcionalidad entre la causa económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que simplemente ha modificado su

despido individual tras las reformas de 2012 (Real Decreto-Ley 3/2012, Ley 3/2012 y Real Decreto-Ley 20/2012)”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 88, enero-abril 2013, pág. 175.

¹⁶⁸ SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M., “El despido colectivo: reflexiones sobre sus nuevos contornos”, *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 88, enero-abril 2013, pág. 211.

formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa (SAN de 18 diciembre 2012 [AS 2013, 1036]; de 11 marzo 2013 [AS 2013, 1138] y de 26 abril 2013 [AS 2013, 1735]).

En este sentido, la STS de 27 enero 2014 (RJ 2014, 793): analiza la justificación de la medida de flexibilidad adoptada por el empresario, destacando que “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”.

En suma, para el TS, los tribunales no pueden hacer dejación del deber de enjuiciar la racional adecuación de la medida adoptada.

De indudable interés para esta cuestión resulta el análisis de algunas de las sentencias más relevantes que se han ocupado de resolver los pleitos por despido colectivo, y donde se analizan de forma detallada las causas y su adecuación a la medida propuesta.

En un momento inicial, las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la reforma laboral contenían declaraciones de nulidad del despido debido, principalmente, a incumplimientos empresariales graves del procedimiento de despido colectivo.

Los primeros pronunciamientos tras la reforma, anularon los despidos colectivos por severos incumplimientos empresariales del procedimiento de despido colectivo: documentación incompleta, mala fe en el período de consultas o la ocultación del empresario real en los grupos de empresa. En particular, la primera sentencia que se dicta bajo la nueva modalidad procesal de despido colectivo, del TSJ de Cataluña de 23 mayo 2012 (AS 2012, 1049), declaró que el empresario no puede proceder al despido, no por producirse el mismo con ausencia de causa o porque el empresario no haya conseguido acreditar la causa alegada, sino por la existencia de fraude en la identificación del empresario real (grupo de empresas y la empresa que despide ha escondido fraudulentamente su auténtica dimensión) y, por la insuficiencia de la documentación facilitada, lo que no ha permitido realizar el periodo de consultas sobre bases sólidas.

En esta misma línea, la sentencia, del TSJ de Madrid de 30 mayo 2012 (AS 2012, 1672) declaró la nulidad por defectos de tramitación en el procedimiento del despido, al existir una notable insuficiencia de la memoria explicativa tanto en las causas como en la exposición de la situación, limitándose a una mera alegación y descripción general así como no se ha acompañado la documentación obligatoria que debe acompañar a la memoria explicativa. Este pronunciamiento judicial fue confirmado por la STS de 20 marzo 2013 (RJ 2013, 2883), que desestimó el recurso de casación planteado por la empresa contra la sentencia del TSJ de Madrid, confirmando la nulidad del despido colectivo.

Pero junto a estas sentencias que declararan la nulidad del despido por incumplimiento de defectos formales durante el período de consultas, también han existido pronunciamientos judiciales que han estimado la procedencia del despido al entender que concurría la causa alegada por el empresario. Así, por ejemplo, cuando se estima que el rendimiento es un criterio adecuado de selección de los trabajadores afectados, al

entender que el rendimiento no se contempla en términos patológicos, subsumibles en la causa de despido disciplinario, sino como una herramienta para seleccionar a los trabajadores, cuya capacidad y productividad sea menor que las de la mayoría. Por lo que se trata de un criterio razonable y objetivo, que se coherente plenamente con el objetivo propuesto: mejorar la competitividad y productividad de la empresa.

También la STS de 27 mayo 2013 (RJ 2013, 7656) desestima el recurso de casación, confirmando la STSJ Galicia de 6 julio 2012 ([AS 2012, 1677](#)) que había absuelto a la empresa de la petición de nulidad del despido colectivo por causas económicas y de producción al declarar ajustada a derecho la decisión extintiva de la demandada al concurrir causa legal suficiente.

De gran interés resulta reproducir aquí algunos de los razonamientos plasmados en la STSJ Madrid de 9 abril 2013 [AS 2013, 278]¹⁶⁹, que terminó con la declaración de improcedencia del despido colectivo, y donde el Tribunal se pronuncia de manera detallada sobre las causas alegadas para el despido. Así, la causa alegada por la empresa para justificar el ERE que afectó a 925 trabajadores del Ente y sus sociedades, de los 1161 trabajadores que tenía la empresa en diciembre de 2012. La empresa se amparaba en causa económica para efectuar los despidos, concretada en la insuficiencia presupuestaria, “determinada por la reducción de los ingresos comerciales, centrados sobre todo en la sociedad de Radio Televisión Madrid y de las partidas públicas con la que se financia el Ente, teniendo en cuenta que además presenta, como gasto asumido, un alto grado de endeudamiento con entidades financieras, a las que ha acudido en los últimos años como consecuencia de superar sistemáticamente, los ingresos con gastos no previstos en el presupuesto”. De los datos recogidos en la sentencia cabe destacar la reducción de 79 a casi 71 millones de euros de la aportación pública al presupuesto de 2012 a 2013, y la previsión de ingresos por publicidad para este año de 15 millones, frente a los 19 de 2012 y más de 22 en 2011. Otro dato especialmente relevante era la deuda que tenía la empresa con entidades de crédito, que a 31 de diciembre de 2012 era de más de 261 millones de euros, de los que casi 132 vencían en 2013. En cuanto a la reducción de costes de personal durante el período de años anteriores, sólo consta acreditada la reducción de gastos por haberse reducido la contratación de personal temporal durante los años 2007 a 2011. La causa económica alegada por la empresa se sustenta en un estudio realizado por la empresa Deloitte y en cuyas conclusiones, según los hechos probados de la sentencia, “se pone de manifiesto que el modelo empresarial actual no es viable” y como propuesta “se propone reducir los costes asociados a programas que se tienen que reducir en línea con los contenidos de nuevas parrillas que también se proponen”. La propuesta pasa por la reducción de la producción propia y ampliar la producción externa con un menor coste, y ello genera la necesidad de externalizar servicios.

El montante salarial total de la empresa es de 37.434.279,49 de euros. Hay 100 personas excluidas de convenio cuyo gasto asciende a 4.521.817,67 euros, mientras que el de las 12 personas que forman el comité de dirección asciende a 1.058.223,73 euros. Todo ello suma un total de 43.014.320,89 euros en concepto de cuantía de gastos de sueldos y salarios. Según la propuesta de la empresa, la externalización de parte de su actividad, mediante la suscripción de acuerdos con diversos proveedores, supondría un ahorro mensual de costes de más de 423.000 euros, aunque en el hecho probado octavo se

¹⁶⁹ Véase las reflexiones que sobre el contenido de la sentencia hace ROJO TORRECILLA, E., “Sobre las causas de los despidos del complejo y polémico litigio jurídico y social de Telemadrid. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (I, II, III y IV)”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/06/sobre-las-causas-de-los-despidos-del.html#more>

destaca que “no se ha podido constatar fehacientemente” la tesis defendida por la empresa. Aunque la Sala asume que la empresa ha aportado la documentación económica a la que estaba obligada, y que de la misma se deduce que su situación económica es negativa y que “se prolonga más de los tres meses que se exigen por la norma para tener por consolidada dicha situación”, y valora que el nivel de gasto “se ha mantenido sobredimensionado en relación con las aportaciones reales por actividad propia unida a las aportaciones públicas”.

A fin de obtener una declaración de procedencia, la empresa interpreta el nuevo art. 51.1 ET en el sentido de que a efectos de poder presentar el ERE sólo debe acreditar “la antedicha reducción presupuestaria”, esto es, conforme al objetivo perseguido con la reforma laboral afirma la empresa que se contiene en el art. 51.1 ET “la definición de las causas para tratar de proporcionar una mayor seguridad a la hora de adoptar las decisiones extintivas y superar las interpretaciones restrictivas dadas por la jurisprudencia, tras la reforma de 2010”. Sin embargo, lejos de aplicar de forma automática la reforma, la Sala a pesar de reconocer expresamente que la situación económica de la empresa es negativa, entiende que “por sí misma” no basta para justificar la extinción de un número tan elevado de contratos (925) sobre el total de la plantilla de la empresa (1161). La Sala entiende que debe haber un “plus”, manifestado en el respeto al principio de proporcionalidad e idoneidad de la decisión que se adopte, y que justifique que dicha situación, que recuerda muy acertadamente la Sala que “no es nueva” y que “no puede actuar de forma abstracta”, actúe sobre la plantilla de la empresa “creando la necesidad de reducir los números de puestos de trabajo propuestos o provocando un ceses total de la actividad, y que las medidas extintivas respondan a esa necesidad”.

Es decir, en palabras de la propia sentencia, se huye de “una convalidación judicial que sólo puede y debe tener en cuenta criterios jurídicos”. Al contrario, la Sala entra a analizar el alcance de las causas alegadas y la medidas propuestas para concluir que no hay correspondencia entre la entidad de las causas económicas y el número de extinciones planteados, algo que implica “no causalizar las (extinciones) que resulten desproporcionadas”. Por consiguiente, sí que tiene que haber causa para extinguir uno o muchos contratos, y no basta para justificar la decisión con que se argumente que se trata de una medida racional de la empresa para corregir una situación económica negativa (o de pérdidas), es decir para corregir “una determinada patología empresarial”. No hay relación, según la Sala, entre los objetivos perseguidos por la empresa y la medida adoptada.

La STS de 26 marzo 2014 (RJ 2014, 2778) confirma la sentencia del TSJ de Madrid, remarcando, en línea con el fallo de la sentencia del TSJ, “la falta de proporcionalidad entre resultados económicos negativos y la plantilla que se ha visto afectada como consecuencia del despido colectivo”.

En sus consideraciones sobre si concurre o no la causa económica alegada, el TS recuerda los tres pasos que debe cumplir cualquier empresa tras la reforma laboral de 2012 para justificar los despidos¹⁷⁰:

- Que exista la situación económica negativa;

¹⁷⁰ Una brillante exposición de los criterios judiciales para la determinación de la concurrencia de las causas en ROJO TORRECILLA, E., “ERES. Nuevo repaso a la doctrina de las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia (Casos Bankia, Recuperación materiales diversos, Tenneco, Madridec, El País, Fuentezapala, Teca-Print Ibérica y Semar Aluminio) (I y II)”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/02/eres-nuevo-repaso-la-doctrina-de-las.html#more>

- Que impacte sobre los contratos de trabajo que serán extinguidos por la amortización de los puestos de trabajo que ocupaban los trabajadores afectados, y
- Que exista “la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad”.

En lo que refiere a la situación económica negativa, entiende el TS que su existencia no debe confundirse con la causa extintiva alegada por la empresa, máxime cuando lo que pretende conseguir la empresa es “un equilibrio financiero del Ente a través de una fórmula de descentralización, y así aprovechando la reducción presupuestaria, impuesta por la Ley, lo que se está articulando es una reestructuración contable”.

En cuanto a la “adecuada proporcionalidad”, entiende que no existe adecuación, idoneidad, proporcionalidad entre las medidas adoptadas y las causas alegadas.

Así, la Sala del TS aunque no entra a valorar si la causa alegada justifica proporcionalmente la medida o medida adoptadas; o por decirlo con las propias palabras de la sentencia, “no compete a la Sala efectuar un juicio de oportunidad sobre cuál sea la medida que se debió adoptar, por cuanto ello pertenece a la gestión empresarial. Pero no basta para acreditar la causa extintiva con acreditar una reducción en el presupuesto, que es insuficiente y congénito a un servicio público, como se constata de una reducción presupuestaria, entre un 5% a 10%, que en modo alguno justifica la idoneidad de la medida extintiva, pues no es ni plausible, ni razonable, ni proporcional”.

En similares términos, la sentencia del TSJ de Madrid de 27 enero 2014 (AS 2014, 775) declara la improcedencia del despido al no acreditarse por el empresario debidamente su situación económica negativa. Para ello, analiza la doctrina del TS en sentencia de 20 septiembre 2013 (RJ 2013, 7744). Como consecuencia de ello, acepta realizar el “juicio de adecuación” al que se refiere dicha sentencia, concluyendo que la cuentas aportadas por la empresa y que reflejan pérdidas en los dos ejercicios anteriores “no nos parece que expresen la imagen real de la situación que atraviesa Madrid, Espacios y Congresos SA”, por los motivos que desarrolla a continuación (la no toma en consideración de la venta de un importante inmueble, las objeciones realizadas a dichas cuentas por la auditoría externa efectuada, o la no explicación suficiente de la “elevadísima cuantía” de los gastos de explotación en relación con la cuantía mucho menor de los gastos de personal. Para el TSJ, los datos económicos aportados y las contradicciones detectadas le merecen “desconfianza”, por lo que no puede considerar probadas las causas alegadas.

La sentencia del TSJ de Cataluña de 18 octubre 2013 (AS 2013, 3163), analiza cómo debe justificarse el despido colectivo por la empresa y los pasos que debe seguir para que su decisión se ajuste a derecho, que son los siguientes:

- Acreditar la causa, determinar la “conexión de funcionalidad (es decir, “en qué modo las causas ETOP inciden en los contratos de trabajo que se pretenden extinguir”, siendo necesario por ello demostrar que aquellos contratos de trabajo cuya extinción se pretende llevar a cabo “han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva”),
- Y que exista una “proporcionalidad”, o dicho en otros términos que la decisión empresarial sea adecuada en cuanto a las medidas adoptadas para hacer frente a la necesidad que se pretende abordar y resolver con los despidos, lo que significa en definitiva que “hay que razonar la medida de modo proporcional, utilizándose

como técnica de ponderación de razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios”.

La posición mayoritaria de los Tribunales puede sintetizarse en las siguientes premisas:

-Se mantiene el carácter necesario del control judicial; control que no ha desaparecido y que enlaza con el necesario juicio de razonabilidad y proporcionalidad (SSTS 20/03/2013; 27/05/2013; 19/11/2013; 18/02/2014; 26/03/2014 y 17/07/2014).

-No se admite el papel limitado que se atribuye a los Tribunales en la E de M de la Ley 3/2012, tampoco la discrecionalidad del empresario cuando mediase la causa descrita.

-La exigencia del juicio de razonabilidad es parte esencial del control judicial por exigencias derivadas de los mandatos constitucionales y de los compromisos internacionales asumidos por el Estado, y de los principios generales del derecho, entre los que se incluyen la buena fe y la prohibición del abuso de derecho.

-No hay una facultad empresarial de extinción de contratos de trabajo con determinada causa legal, exenta de los límites de cualquier otro derecho.

-La justificación del despido colectivo tiene que realizarse a través de tres pasos: a) acreditar la existencia de una situación económica negativa; b) establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquélla provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo; c) mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad.

-Los jueces no sustituyen al empresario en la elección de las medidas concretas a adoptar. No corresponde a los Tribunales fijar la precisa “idoneidad” de la medida a adoptar por el empresario ni censurar su “oportunidad” en términos de gestión empresarial.

-Pero una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar los despidos de cualquier número de trabajadores.

-El control judicial exige un juicio de legalidad. Pero también un juicio de razonabilidad o adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada. Implica comprobar si la medida es razonable en términos de gestión empresarial y se ajusta o no al estándar de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012.

-Debe rechazarse la medida extintiva que no ofrezca adecuada racionalidad, sea por la inadecuación a los fines legales que se pretenden conseguir, sea por una patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que comporta para los trabajadores.

-En casos de ausencia de razonabilidad la decisión es contraria a la buena fe e incurre en abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo¹⁷¹.

¹⁷¹ Vid. DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, núms. 17-18, 2012, págs. 1787 y sigs. También GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “La Jurisprudencia sobre los despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, *Aranzadi Doctrinal* num.2/2015, BIB 2015\247.

* * *

En conclusión puede afirmarse que la pretendida flexibilización de los despidos basados en causas ETOP no ha supuesto, en la práctica, su descausalización. Las causas siguen existiendo y se sigue exigiendo su prueba, al tiempo los Tribunales continúan defendiendo la aplicación del juicio de razonabilidad de la medida propuesta. Sigue siendo competencia, por tanto, de los órganos de la jurisdicción social la determinación de la concurrencia de las causas alegadas, por lo que no puede hablarse de una aplicación automática de las causas ETOP reguladas en el artículo 51 ET.

VIII. RESPUESTAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA POLÍTICA LABORAL DE LA LEGISLATURA

Raquel Aguilera Izquierdo

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid

Es innegable la proyección constitucional de la crisis económica que estamos viviendo desde hace ya unos años, pues, ni el propio articulado de la Constitución Española ha permanecido impermeable ante el nuevo contexto económico-social, ni desde luego lo ha hecho su máximo intérprete –el Tribunal Constitucional-, que, en su quehacer diario, ha visto cómo, desde distintas perspectivas, la situación económica del país y sus consecuencias han pasado a ser elemento de enjuiciamiento y valoración en sus decisiones.

Es constatable el número elevado de procedimientos que se han presentado ante el Tribunal como consecuencia de las dudas de constitucionalidad planteadas en relación con la abundante normativa “anticrisis” aprobada por el legislador –tanto estatal como autonómico-, con el fin de combatir la situación económico-financiera del país y paliar sus consecuencias.

Con frecuencia, la aprobación de esta normativa anticrisis ha ido acompañada de su inmediata impugnación ante el Tribunal Constitucional, sometiéndose a su enjuiciamiento un extenso y variado elenco de dudas y cuestiones jurídicas en gran parte pendientes todavía de resolución.

Desde el punto de vista laboral, dos han sido los grandes bloques de materias sobre las que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional: la reforma laboral de 2012 y las reducciones retributivas en el sector público.

1. La Reforma Laboral de 2012

Como es sabido, son dos las Sentencias en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la reforma laboral de 2012: la STC 119/2014, de 16 de julio, y la STC 8/2015, de 22 de enero. Junto a estas Sentencias hay que señalar también que han sido inadmitidas a trámite numerosas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra el Real Decreto ley 3/2012.

En síntesis, las medidas introducidas por la reforma laboral de 2012 sobre cuya constitucionalidad se ha pronunciado el Tribunal Constitucional son las siguientes: la duración del período de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores, la modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en acuerdos o pactos colectivos distintos de los contemplados en el Título III ET unilateralmente por el empresario, la posibilidad de que la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos pueda acordar la inaplicación de lo pactado en un convenio colectivo estatutario, la prioridad applicativa del convenio colectivo de empresa, las causas del despido colectivo, el nuevo régimen de los salarios de tramitación, la prohibición de que el personal laboral de las Administraciones Públicas pueda ser objeto de una suspensión

contractual o una reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y la prohibición de establecer cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva.

En todo caso, antes de analizar a grandes rasgos cada una de estas cuestiones, hay que señalar que en la STC 8/2015, FJ 2, el Tribunal Constitucional realiza una serie de consideraciones generales sobre el sistema de relaciones laborales en respuesta a algunas afirmaciones sostenidas por los recurrentes relativas a la quiebra del “modelo constitucional” de relaciones laborales por la reforma de 2012, y que constituyen en gran medida las bases sobre las que luego se sustenta el enjuiciamiento de cada una de las cuestiones planteadas sobre todo desde la perspectiva del derecho a la negociación colectiva.

Así, recuerda el Tribunal Constitucional, que el constituyente no refirió, en su art. 37.1 CE, la negociación colectiva como un derecho perteneciente exclusivamente al ámbito de la acción sindical. Antes al contrario, lo recondujo más genéricamente a los “representantes de los trabajadores”, con la clara intención de ampliar el elenco de los legitimados para la determinación de las condiciones de la relación laboral, depositando ese derecho, en consecuencia, no sólo en el sindicato, sino en cualquier sujeto u organización representativa de los trabajadores (como los delegados de personal y los comités de empresa), cuyo fundamento constitucional último no se encuentra en el art. 7 CE, como sucede con los representantes sindicales, sino en los arts. 9.2 y 129.2 CE (SSTC 98/1985, de 29 de julio, FJ 3; y 208/1989, de 14 de diciembre, FJ 3).

En suma, aunque el ejercicio del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) le ha sido atribuido también por la Constitución al sindicato, protagonista principal en la defensa de los intereses de los trabajadores (art. 7 CE) a través del ejercicio de la libertad sindical (art. 28.1 CE), no se ha hecho de forma exclusiva ni en modo que descarte a otros posibles representantes de los trabajadores, de manera que no cabe sino concluir que la negociación colectiva está “atribuida constitucionalmente a los sindicatos y a otras representaciones colectivas de los trabajadores” (STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 4).

Por tanto, el derecho a la negociación colectiva es “un derecho esencialmente de configuración legal” (STC 85/2001, de 26 de marzo, FJ 5), siendo la ley la que ha de concretar y desarrollar, tanto su contenido como los presupuestos para su ejercicio (STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 3). En “la configuración legal del ejercicio del derecho a negociar” (STC 224/2000, de 2 de octubre, FJ 4), el legislador goza de un amplio margen de libertad para delimitar, como derecho necesario, aspectos de la estructura, contenido, alcance y límites de la negociación colectiva, en razón de la superior posición que ocupa la ley en la jerarquía normativa.

En definitiva, afirma el Tribunal Constitucional que la Constitución de 1978 no diseña un modelo cerrado de relaciones laborales, ni más concretamente, de negociación colectiva, correspondiéndole al legislador estatal, en el ejercicio de las funciones que la propia Constitución le confiere, configurar el que considere más idóneo en cada momento (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7), eligiendo entre las distintas alternativas posibles la que estime más adecuada, no solo para alcanzar los objetivos que aquélla le impone, sino también para adoptar las medidas precisas que garanticen su realización. De todo ello se deduce la habilitación al legislador estatal para realizar su conceptualización jurídica en cada momento, entre diferentes alternativas, en atención a las circunstancias económicas subyacentes y a las necesidades sociales a las que se pretenda dar cobertura. El constituyente no quiso definir el modelo de relaciones laborales aplicable, ni

tampoco restringir la acción del legislador más allá de los límites explícitos que le ha impuesto, dejándole un importante ámbito de posibilidades para configurar el citado modelo y para articular cada institución que lo integre, no sólo como un instrumento de su desarrollo, sino también como un vehículo a través del cual alcanzar los fines que la Constitución le impone.

De este modo, el examen de los motivos de inconstitucionalidad planteados parte de estas ideas básicas, sin olvidar que no es función del Tribunal Constitucional enjuiciar si las soluciones adoptadas en la Ley impugnada son las más correctas técnicamente, o si constituyen las más oportunas de entre las distintas alternativas posibles para la consecución de los fines pretendidos.

Siguiendo el orden que marca la Ley 3/2012 el Tribunal Constitucional, en las dos sentencias señaladas, aborda el análisis de los distintos preceptos impugnados. En este análisis voy a centrarme únicamente en las seis primeras cuestiones que anteriormente he señalado y que han sido objeto de análisis en las dos Sentencias del Tribunal Constitucional anteriormente citadas.

1.1. Período de prueba

Por lo que se refiere, en primer lugar, al período de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores, que recordemos, será “de un año en todo caso”, los recurrentes, tanto en el recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 119/2014 como en el resuelto por la STC 8/2015, consideran que tal previsión vulnera los arts. 14, 24.1, 35.1 y 37.1 CE.

Consideran los recurrentes que se ha producido la lesión del derecho al trabajo (art. 35.1 CE) por la afectación de los principios de estabilidad en el empleo y de causalidad de la extinción contractual. Así sostienen que la fijación de un período de prueba de un año permite al empresario resolver libremente durante su transcurso el contrato de trabajo, sin causa y sin obligación de indemnizar al trabajador, lo que rompe el principio de causalidad en la extinción contractual por voluntad empresarial o, en su caso, la exigencia de una reacción adecuada frente al despido.

Para el Tribunal Constitucional, la valoración conjunta de la finalidad, presupuestos de aplicación y garantías que rodean la medida cuestionada permiten entender que la misma resulta justificada y proporcionada desde la perspectiva del derecho constitucional al trabajo (art. 35.1 CE).

En efecto, la finalidad de la norma es legítima: su objetivo es facilitar el empleo estable, lo que conecta con el deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo.

Asimismo, la medida es razonable si tenemos en cuenta el resto de características de este contrato; a saber:

- la finalidad del contrato de apoyo a los emprendedores es luchar contra el desempleo;
- el contrato va dirigido a las empresas de menos de 50 trabajadores que son las que están sufriendo con más fuerza los efectos de la crisis;
- prevé incentivos económicos si el contrato se mantiene al menos tres años desde la contratación y el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato de apoyo a los emprendedores se mantiene, al menos, un año desde la celebración del contrato (en

caso de incumplimiento de los dos requisitos señalados se deberá proceder al reintegro de los incentivos percibidos);

-y, el contrato se mantendrá vigente hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por 100.

Para el Tribunal Constitucional, analizado en su conjunto, el contrato de apoyo a los emprendedores contiene una regulación que pretende facilitar una mayor estabilidad en el empleo, estabilidad que forma parte del contenido constitucionalmente garantizado del derecho al trabajo. El derecho al trabajo en su dimensión colectiva implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8). En consecuencia, desde esta perspectiva no podemos negar que la regulación del período de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores pretende hacer más atractiva la contratación por parte de los empresarios otorgándoles un período de prueba amplio para que valoren las expectativas de futuro del puesto de trabajo, lo que unido a los incentivos económicos previstos trata de contribuir a reducir las amplias tasas de desempleo existentes en nuestro país.

En definitiva, para el Tribunal Constitucional, el conjunto de medidas previstas en la norma conduce a considerar que la duración del período de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores constituye una medida que, en tanto coyuntural y por sus fines de política de empleo, puede considerarse razonable y proporcionada y, por tanto, compatible con el derecho al trabajo ex art. 35.1 CE.

Por lo que se refiere a la vulneración del art. 37 CE, los recurrentes consideran que al ser el período de prueba indisponible para la autonomía colectiva, se vulnera el derecho a la negociación colectiva. Sin embargo, en este sentido recuerda el Tribunal Constitucional que en reiteradas ocasiones la jurisprudencia constitucional ha señalado que “la ley ocupa en la jerarquía normativa una superior posición a la del convenio colectivo, razón por la cual éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario por aquélla” (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FJ 2; STC 210/2004, de 30 de junio, FJ 2). Es más, el TC ha declarado que, en virtud de su superioridad en la jerarquía normativa, la ley “puede... de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto de la contratación colectiva” (STC 58/1985, de 30 de abril, FJ 3).

Por tanto, siendo válida la posibilidad legal de excluir determinadas materias de la regulación de la negociación colectiva, afirma el Tribunal Constitucional que no puede entenderse vulnerado el art. 37 CE porque el legislador haya optado, por distintas razones, por excluir de la negociación colectiva la duración del período de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores.

En relación con el art. 14 CE, sostienen los recurrentes que la vulneración de dicho precepto es una consecuencia de la duración injustificada e indiferenciada del período de prueba, ajena a las diferencias derivadas de la distinta cualificación de los trabajos a desempeñar. Pues bien, para el Tribunal Constitucional el que la norma no fije distinta duración del período de prueba en función de la cualificación del trabajo a desempeñar tiene su justificación en el hecho de que la finalidad que tradicionalmente ha tenido el período de prueba se ha ampliado en el contrato de apoyo a los emprendedores. En este contrato el período de prueba no tiene sólo por finalidad el conocimiento mutuo de ambas partes, sino también, como señala la STC 119/2014, verificar si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo. Es esta finalidad la que queda claramente reflejada con la fijación de un período de prueba tan

amplio como es un año, período suficiente para que ambas partes se conozcan y valoren sus expectativas.

También consideran los recurrentes que al no reconocer indemnización a los trabajadores en caso de desistimiento empresarial durante el período de prueba, se estaría dispensando una diferencia de trato injustificada a los trabajadores indefinidos con período de prueba con relación a los trabajadores contratados temporalmente, quienes, por regla general, sí tienen derecho a ella. Este reproche de inconstitucionalidad no es acogido porque los recurrentes no ofrecen un término válido de comparación para efectuar el juicio de igualdad. Efectivamente, los colectivos de trabajadores que se contrastan se rigen por regímenes jurídicos diversos, resultando plenamente diferenciadas las modalidades contractuales a las que unos y otros están sometidos.

Por último, por lo que se refiere a la infracción del art. 24.1 CE por la concreta configuración del período de prueba en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores al impedir un efectivo control judicial sobre la decisión empresarial y no conllevar resarcimiento para el trabajador, la misma es rechazada sobre la base de que las decisiones empresariales de desistimiento adoptadas son revisables antes los jueces y tribunales cuando no se ajusten al régimen jurídico establecido por la ley o hayan sido adoptadas por motivos discriminatorios o contrarios a los derechos fundamentales del trabajador. La norma no impide en ningún momento al trabajador el acceso a la jurisdicción para interponer acción frente a la extinción e iniciar un proceso con todas las garantías legales, por lo que el Tribunal Constitucional considera que esta vulneración carece de fundamento.

En consecuencia, se rechazan todas las vulneraciones imputadas al art. 4.3 Ley 3/2012 por el que se regula la duración del período de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores.

1.2. Modificación de condiciones de trabajo

El siguiente reproche de inconstitucionalidad sobre el que se pronuncia el Tribunal Constitucional (STC 8/2015) se refiere a la facultad de modificación de condiciones de trabajo atribuida al empresario en el apartado 5 del art. 41 ET respecto a las “modificaciones colectivas” de condiciones de trabajo.

Imputan los recurrentes a la nueva redacción de dicho precepto infracción del art. 37.1 CE y, por derivación, del art. 28.1 CE, y del art. 24.1 CE, al permitir que el empresario pueda alterar unilateralmente las condiciones de trabajo previstas en acuerdos o pactos colectivos.

A juicio de los recurrentes, la posibilidad de que el empresario pueda proceder unilateralmente a efectuar modificaciones sustanciales en condiciones de trabajo pactadas en acuerdos o pactos colectivos distintos a los contemplados en el Título III ET, es decir los conocidos como acuerdos o pactos extraestatutarios o de eficacia limitada, supone desconocer el derecho a la negociación colectiva y, por derivación, el derecho a la libertad sindical, máxime a la vista de la amplitud de las causas legales que han de justificar tal decisión empresarial.

El Tribunal Constitucional recuerda que los pactos extraestatutarios, al no cumplir las exigencias subjetivas, objetivas y procedimentales impuestas por el Título III ET,

carecen de la eficacia general o erga omnes que caracteriza a los convenios estatutarios, gozando únicamente de una eficacia personal limitada o reducida a los trabajadores y empresarios representados en la negociación. Ahora bien, tanto los convenios colectivos estatutarios, como los denominados extraestatutarios, son producto del ejercicio del derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios, reconocido en el art. 37.1 CE, siendo predicable de unos y otros, por lo tanto, la fuerza vinculante a la que el precepto constitucional se refiere. Sobre esta base, es claro que la medida legal controvertida incide en el derecho constitucional a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) al permitir la inaplicación de los citados pactos extraestatutarios por decisión del empresario. Ahora bien, que exista una injerencia en el derecho a la negociación colectiva no significa que la misma sea inconstitucional, pues puede resultar legítima si cuenta con una justificación razonable y proporcionada al fin perseguido. De este modo, el Tribunal Constitucional analiza la razonabilidad y proporcionalidad de la medida desde el punto de vista constitucional.

Así, entiende que la justificación es razonable desde el punto de vista constitucional porque trata de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción. La atribución de la facultad empresarial de modificar las condiciones de trabajo pactadas extraestatutariamente se dirige a favorecer la flexibilidad interna en la empresa como alternativa a la destrucción de empleo, atendiendo de este modo a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE).

Por lo que se refiere a la proporcionalidad de la medida, la Sentencia ofrece las siguientes razones para entender superado el juicio de proporcionalidad:

- En primer lugar, sólo se permite la modificación “cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”, considerándose tales “las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa” (art. 41.1 ET).
- En segundo lugar, ha de valorarse que la licitud de la modificación está también sujeta a exigencias procedimentales. Cuando la modificación es colectiva –en atención al número de trabajadores afectados–, sigue siendo absolutamente necesario que, con carácter previo a la modificación, el empresario inicie un período de consultas con los representantes de los trabajadores, por plazo no superior a quince días, que versará sobre las causas de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos y consecuencias sobre los trabajadores: de este modo, ante la iniciativa empresarial, se exige llevar a cabo esta manifestación de la negociación colectiva, como es el período de consultas, en que las partes están obligadas a negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo; además, todo ello se impone, sin perjuicio de procedimientos específicos que estuvieran establecidos en la negociación colectiva, o de la posibilidad de las partes de acordar la sustitución del período de consultas por un procedimiento de mediación o arbitraje (art. 41.4 ET). En definitiva, en las modificaciones colectivas, el legislador concibe la modificación unilateral del empresario como último recurso, sólo permitido ante el fracaso de los preceptivos mecanismos previos de negociación o transacción con los representantes de los trabajadores.
- En tercer lugar, hace referencia al régimen de compensaciones establecido en favor de los trabajadores finalmente afectados por la modificación unilateral del empresario,

pues, aun cuando ésta resulte justificada y se haya respetado el procedimiento, si la modificación versa sobre determinadas materias –jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, y funciones- y el trabajador resulta perjudicado, se reconoce en su favor el derecho a rescindir el contrato, con derecho a una indemnización de 20 días de salario por año, con un máximo de 9 meses (art. 41.3 ET).

●Por último, es fundamental destacar que la decisión empresarial está en todo caso sujeta a control judicial, por lo que, ante la demanda de los trabajadores o de sus representantes, los tribunales habrán de revisar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 41 ET –causales, procedimentales,...-, y en caso de constatar la inobservancia de alguno de ellos, la modificación realizada será declarada injustificada o nula, con el consiguiente derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de daños y perjuicios (art. 138 LJS), o en su caso, a la extinción indemnizada derivada del art. 50.1.a) ET.

En definitiva, las anteriores consideraciones relativas a la eficacia de los pactos extraestatutarios y a los límites a que queda sujeta su modificación unilateral por el empresario permiten defender que la restricción que experimenta el derecho a la negociación colectiva resulta razonable y proporcionada, por lo que el art. 41 ET no resulta contrario al art. 37.1 CE, ni por ende, al art. 28.1 CE. Se trata de una medida que resulta ponderada, no sólo por los límites y garantías a las que la ha sometido el legislador, sino también por derivarse de su aplicación más ventajas para el derecho al trabajo que perjuicios para el derecho a la negociación colectiva.

También consideran los recurrentes que la laxitud de las causas justificativas para proceder a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo extraestatutariamente acordadas propicia que la decisión unilateral del empresario escape de todo posible control, impidiéndose así el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta alegación carece de fundamento para el Tribunal Constitucional. Así recuerda el control judicial a que queda sometida la decisión empresarial y el cumplimiento de los límites establecidos, y las consecuencias derivadas de su inobservancia, no existiendo obstáculo alguno para que los trabajadores y sus representantes accedan a la jurisdicción para ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva frente a la modificación realizada. El precepto impugnado no impide un control judicial pleno y efectivo, tanto de la concurrencia de la causa, como de la justificación de la modificación realizada, convirtiendo el ejercicio de la facultad en una actuación reglada y, por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torcitero de la facultad empresarial otorgada.

Por tanto, todas las vulneraciones imputadas al art. 12.Uno de la Ley 3/2012, en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, son también rechazadas.

1.3. El descuelgue

El siguiente precepto sobre cuya constitucionalidad se pronuncia el Tribunal Constitucional es el apartado primero del art. 14 de la Ley 3/2012 que da nueva redacción al apartado 3 del art. 82 ET, que regula el procedimiento de inaplicación en la empresa de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, comúnmente conocido como “descuelgue”. Consideran los recurrentes que esta norma vulnera tanto el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1

CE), como el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), al permitir la inaplicación del convenio colectivo por decisión de un tercero ajeno a los sujetos que lo pactaron, así como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por no existir el debido control judicial de la medida adoptada.

En el análisis de esta cuestión el Tribunal Constitucional parte de dos ideas:

- en primer lugar, el art. 37.1 CE atribuye a “la ley” la garantía del derecho a la negociación colectiva laboral y de la fuerza vinculante de los convenios correspondiendo pues al legislador establecer los mecanismos para ello y su alcance. La Constitución no contiene un modelo cerrado de relaciones laborales ni, en particular, de ninguno de los elementos del derecho a la negociación colectiva; y,

-en segundo lugar, los derechos constitucionales no son absolutos e ilimitados sino que, por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites establecidos directamente en la propia Constitución como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes (STC 42/2011, 11 de abril, FJ 3).

A partir de las líneas fundamentales de la doctrina constitucional sobre el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, el Tribunal Constitucional pondera si la limitación legislativa resulta justificada, razonada y proporcionada. El carácter subsidiario y las restricciones a las que el art. 82.3 ET sujeta la intervención arbitral a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos le llevan a concluir que la limitación de la fuerza vinculante de los convenios que la norma introduce supera la triple exigencia constitucional señalada. Así:

-La norma está dirigida a posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas que concurren en una empresa después de la aprobación del convenio colectivo, ante el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones pueda poner en peligro la estabilidad de la entidad empresarial y, con ello del empleo.

-La inaplicación del convenio colectivo está sujeta a límites causales (deben concurrir causas económicas, técnicas, organizativas o de producción).

-La inaplicación del convenio colectivo no se permite en bloque sobre todo el convenio, esto es, no puede alcanzar a todas las condiciones o materias pactadas en el convenio colectivo, sino que se ciñe únicamente a la jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

-La inaplicación del convenio colectivo queda sujeta a límites temporales. En efecto, la norma prevé un tope máximo, al indicar que la inaplicación no puede extenderse en el tiempo más allá del momento en que resulte de aplicación un nuevo convenio colectivo. Así, la decisión arbitral de inaplicación cede ante la llegada de un nuevo acuerdo colectivo aplicable en la empresa. Se respeta de este modo el nuevo fruto de la negociación colectiva.

-La inaplicación del convenio colectivo por decisión de la Comisión Consultiva sólo se contempla con carácter subsidiario y como “último recurso” ante el fracaso de las sucesivas posibilidades que con carácter previo se ofrecen a los sujetos colectivos para resolver la discrepancia por ellos mismos.

En efecto, antes de solicitar la actuación de la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos el art. 82.3 ET prevé las siguientes fases preceptivas:

- Acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores tras la apertura de un período de consultas de duración no superior a 15 días.
- De no alcanzarse acuerdo se permite que cualquiera de las partes pueda someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio, siendo esta exigencia preceptiva cuando así lo establezca del propio convenio.
- De no haberse solicitado la intervención de la comisión del convenio o no habiéndose alcanzado acuerdo, las partes “deberán” recurrir a los procedimientos establecidos en los acuerdos colectivos interprofesionales estatales o autonómicos.
- Finalmente, y sólo cuando no fueran aplicables los procedimientos anteriores o éstos no hubieran resuelto la discrepancia es cuando cualquiera de las partes puede someter la solución a la Comisión Consultiva.

-Junto a los límites señalados, otro elemento que el Tribunal Constitucional toma en consideración para concluir que la limitación del derecho a la negociación colectiva resulta justificada, razonada y proporcionada, es el relativo a la naturaleza y características del órgano encargado de llevar a cabo la intervención decisoria o arbitral de inaplicación, es decir, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, sin perjuicio de la actuación de los órganos autonómicos cuando resulten competentes. Se trata de un órgano de composición tripartita y paritaria, estando formado por representantes de la Administración General del Estado y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, incorporado a la estructura jerárquica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Los acuerdos en el seno de la Comisión se adoptarán preferentemente por consenso y subsidiariamente, de no ser posible, por mayoría absoluta de los miembros de la comisión permanente o, en su caso, del pleno (arts. 8.3 y 16 Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Nacional de Convenios Colectivos). En consecuencia, por más que el voto de los representantes de la Administración pública pueda resultar determinante en los supuestos en que las posiciones de los representantes de los trabajadores y empresarios estén enfrentadas, la posición de la Administración pública nunca tendrá alcance decisorio por sí sola; siempre será necesario el apoyo de parte de los representantes de los agentes sociales en la Comisión para adoptar la decisión que proceda.

En suma, a la vista del régimen jurídico aplicable a la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos prevista en la norma impugnada y tras llevar a cabo la pertinente ponderación de los intereses constitucionales en conflicto y de sus respectivos sacrificios, el Tribunal Constitucional ha rechazado en la STC [119/2014](#), cuya doctrina ha sido reiterada en la STC 8/2015, la vulneración de los arts. 37.1 y 28.1 de la Constitución, en tanto que “el precepto legal impugnado contempla una medida razonable, que supera las requeridas exigencias de proporcionalidad, en aras de preservar los bienes constitucionales protegidos en los arts. 35.1, 38 y 40.1 CE”, sin que, además, a juicio del Tribunal Constitucional, pueda impedir la anterior conclusión (como postulan los recurrentes) lo mantenido por este Tribunal con relación a los arbitrajes públicos obligatorios en la STC [11/1981](#), de 8 de abril, en tanto que la norma impugnada en el presente proceso constitucional presenta sustanciales diferencias respecto a la que en su día fue examinada por aquella Sentencia.

En efecto, para el Tribunal Constitucional, frente a lo alegado por los recurrentes, el supuesto ahora analizado no es equiparable al resuelto en la STC 11/1981, de 8 de abril,

en que se declaró inconstitucional, por vulneración del art. 37.1 CE, un arbitraje obligatorio de la autoridad laboral.

Así, hay que tener en cuenta que la Comisión Consultiva no tiene la condición de autoridad administrativa laboral, ni siquiera la representación de la Administración goza de capacidad resolutoria por sí sola, al margen de que el precepto autoriza que la decisión no sólo se adopte en su seno, sino que es posible que se adopte a través de árbitro designado al efecto.

También destaca que en la STC 11/1981 el arbitraje de la Administración Laboral se preveía ante cualquier pretensión de modificación de las condiciones de trabajo y fracaso de la negociación colectiva, sin requerir de causas concretas que justificaran la medida y sin establecer límites materiales en cuanto a su alcance. Por el contrario, en la inaplicación del convenio colectivo prevista en el art. 82.3 ET las causas que autorizan la inaplicación son tasadas y las materias sobre las que se permite el descuelgue también.

Finalmente, en cuanto a la eventual infracción del art. 24.1 CE, esta cuestión también ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional. Afirma el Tribunal que “el art. 82.3 ET, párrafo octavo, somete expresamente la decisión arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano autonómico correspondiente a un control judicial que no se limita a aspectos externos o procedimentales; se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, pues más allá del enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral, así como de la valoración sobre el carácter *ultra vires* de la resolución emitida, la revisión por parte de los órganos judiciales alcanza también a impugnaciones fundadas, no sólo en motivos de lesividad a terceros, sino también de ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a esta última causa”. Por ello, ha declarado que “no cabe excluir que esa intervención judicial derivada del art. 82.3 LET permita a los tribunales ordinarios efectuar un control pleno sobre la decisión o laudo arbitral en aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional. Así entendida, por tanto, la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico correspondiente prevista en la norma impugnada —con carácter subsidiario, como ya se dijo—, en cuanto trámite previo al proceso es plenamente compatible con el art. 24.1 CE; en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado”, ya que no es otro que procurar una solución extraprosesal de la controversia. Por todo ello, concluye la STC 110/2014 que “interpretado el precepto en el sentido de que cabe un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, acotado a los aspectos jurídicos propios del conocimiento de la jurisdicción, incluido el control sobre la concurrencia de las causas y la adecuación a ellas de las medidas adoptadas”, ha de descartarse que el párrafo octavo del art. 82.3 LET, en la redacción dada por el art. 14.Uno de la Ley 3/2012, de 6 de julio, resulte contrario al derecho a la tutela judicial reconocido en el art. 24.1 CE.

1.4. Prioridad aplicativa del convenio de empresa

La siguiente cuestión sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional es la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Entienden los recurrentes que la nueva regulación del art. 84.2 ET vulnera el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios del art. 37.1 CE, así como la libertad sindical, en la medida en que el precepto impugnado establece, en primer lugar, la aplicación prioritaria de los convenios de empresa sobre los convenios de ámbito superior en una serie de materias; en segundo lugar, que los convenios de empresa podrán ser negociados en cualquier momento de la vigencia de los convenios de ámbito superior; y, en tercer lugar, que los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos sectoriales no podrán disponer de esa prioridad aplicativa de los convenios de empresa.

Como los propios recurrentes admiten, la finalidad perseguida por la norma resulta legítima, estando encaminada a favorecer la flexibilidad empresarial en aquellas materias en que el legislador ha considerado que puede ser más necesaria la acomodación a las características de la empresa y de sus trabajadores: en concreto, la preferencia aplicativa del convenio empresarial se reconoce en determinados aspectos ligados a la retribución, tiempo de trabajo y vacaciones, sistema de clasificación profesional, modalidades de contratación o conciliación de la vida laboral, familiar y personal. El objetivo final pretendido es nuevamente la preservación de la empresa y, en última instancia, del empleo, objetivos todos ellos que conectan directamente con derechos y principios constitucionales, como la libertad de empresa, el fomento del empleo y el derecho al trabajo.

Según indican los recurrentes, este objetivo podía haberse intentado a través de otras fórmulas alternativas. Ahora bien, aun siendo esto así, para el Tribunal Constitucional la opción elegida queda dentro del margen de libertad que el propio art. 37.1 CE otorga al legislador, sin que, vista la finalidad, el modelo establecido pueda tacharse de irrazonable ni tampoco de lesivo para el derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical. El art. 37.1 CE no ha reservado a los sindicatos, en exclusiva, el derecho a la negociación colectiva, sino que ha optado por un amplio reconocimiento de su titularidad, sin hacer distinciones entre los representantes sindicales y aquéllos otros que no lo sean.

La idea básica de la que parte nuevamente el Tribunal Constitucional para resolver esta cuestión es que la CE no establece un modelo constitucional de negociación colectiva. El art. 37.1 CE atribuye a la ley el diseño de dicho derecho a la negociación colectiva laboral, que ha llevado a cabo a través de la regulación establecida en el Título III ET.

Tratándose, por tanto, de un derecho de configuración legal, entiende que corresponde a la ley ordenar los resultados del proceso de negociación y resolver posibles concurrencias. Corresponde a la ley la determinación de las reglas de concurrencia y articulación de convenios, pudiendo, en función de la opción que en cada momento considere más oportuna, ampliar o restringir el margen de intervención de la autonomía colectiva en la fijación de dichas reglas. En el momento actual, dentro de la competencia otorgada por la propia Constitución, el legislador ha decidido legítimamente introducir una modificación en su opción reguladora y ha impuesto la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales en relación con determinadas materias tasadas.

Recuerda el Tribunal Constitucional que el art. 84.2 ET no impone una determinada unidad de negociación y, por tanto, no impide seguir negociando convenios colectivos

sectoriales. La determinación de la unidad de negociación depende de la voluntad de las partes y esta libertad de elección ampara tanto a los convenios colectivos sectoriales como a los convenios colectivos de empresa. Asimismo, la regulación impugnada no excluye totalmente la intervención de la negociación colectiva para establecer la estructura de la negociación, pues la ley continúa permitiendo que los acuerdos interprofesionales puedan establecer “cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito” (art. 83.2 ET) y, el art. 84. 2 ET no prohíbe que los convenios sectoriales regulen las materias sobre las que los posteriores convenios de empresa gozan de prioridad.

Además advierte el Tribunal Constitucional que la prioridad aplicativa del convenio de empresa no supone necesariamente la postergación de la negociación colectiva de origen sindical como sostienen los recurrentes. Señala que los convenios colectivos de empresa pueden ser negociados no sólo por la representación unitaria de los trabajadores (comité de empresa y delegados de personal) sino también por la representación sindical en la empresa (secciones sindicales), si bien, en cualquier caso, hay que tener en cuenta que del texto constitucional no se deduce que la negociación colectiva sindical haya de tener prioridad absoluta sobre la negociación colectiva realizada por otros representantes de los trabajadores. Los convenios estatutarios empresariales no sólo pueden negociarse por la representación unitaria, sino también por la representación sindical. Es más, en la normativa vigente, el art. 87.1 ET otorga prioridad a las secciones sindicales frente a los órganos de representación unitaria para negociar los convenios de empresa, en los términos previstos en el precepto.

Para el Tribunal Constitucional, no puede decirse, por tanto, que el art. 84.2 ET desconozca el derecho a la negociación colectiva que integra el derecho a la libertad sindical, pues nada impide que, en sus respectivos ámbitos, los sindicatos con mayor representación negocien convenios sectoriales y las secciones sindicales negocien convenios de empresa.

1.5. Causas del despido colectivo

También se ha impugnado ante el Tribunal Constitucional la nueva redacción del art. 51 ET, relativo al despido colectivo. Los recurrentes no han denunciado la inconstitucionalidad de todo el precepto, sino sólo la definición que se realiza de las causas “económicas, técnicas, organizativas o de producción” en su apartado primero, que consideran que, por su indefinición, vulnera tanto el derecho a no ser despedido sin una justa causa (art. 35.1 CE), como el derecho a un control judicial efectivo sobre la causalidad del despido (art. 24.1 CE).

A efectos de situar la cuestión conviene recordar que, conforme ha señalado el TC, la facultad de despido se enmarca dentro de los poderes del empresario para la gestión de su empresa, como derivación del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad *ex art. 38 CE*, aun cuando sin ignorar que esa libertad empresarial no es absoluta y que, en virtud del art. 35.1 CE, no quedan permitidos los despidos *ad nutum* (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Por ello, desde la perspectiva de los trabajadores, el TC también ha declarado que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo se concreta en “*el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa*”

(STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8; o STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4). No obstante, en la medida en que el ámbito de las relaciones de trabajo a que se refiere el art. 35 CE constituye una esfera “cuya configuración se defiere al legislador” (STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 2), también ha señalado el Tribunal que “*corresponde al legislador determinar las justas causas de extinción del contrato, así como fijar sus efectos*” (ATC 57/1985, de 24 de enero, FJ 4; y ATC 429/1983, de 28 de septiembre, FJ 2).

Pues bien, dentro del margen dejado al legislador, lo que hace el art. 51 ET es regular la posibilidad de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que concurran en la empresa, procediendo a la definición de cada una de ellas y reconociendo en favor de los trabajadores afectados el derecho a una indemnización económica, aun cuando la extinción resulte legítima por responder a alguna de las causas legales. Por lo demás, tal posibilidad de despido encuentra cobertura en el art. 4 del Convenio OIT nº 158, que autoriza el término de la relación de trabajo cuando exista una causa justificada basada “en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

a) Comenzando por la vulneración del art. 35.1 CE, consideran los recurrentes que la nueva redacción del art. 51.1 ET prescinde del elemento de causalidad en la delimitación de los motivos económicos y empresariales del despido, pues ha suprimido la obligación empresarial de acreditar la concurrencia de la causa extintiva y de justificar que de ella se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva.

Respecto al reproche central de los recurrentes, relativo a que el art. 51 ET no hace una mención expresa al juicio de razonabilidad en la aplicación del despido, señala la STC 8/2015 que es cierto que la nueva letra dada al art. 51 ET elimina referencias anteriores a la justificación a aportar por la empresa respecto a la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado o mejorar su respuesta a las exigencias de la demanda, etc. Tras la reforma, el legislador omite la finalidad que debe alcanzar la empresa con el despido e intenta objetivar el juicio sobre la concurrencia de la causa. Esto, señala la Sentencia, ni desdibuja las causas extintivas, ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial de cara a la adopción de la decisión sino, antes al contrario, suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones, podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica de hechos negativos para el empresario.

Para la Sentencia la norma impugnada no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota a la definición de las causas extintivas de una mayor objetividad y certidumbre, al evitar la realización de juicios de oportunidad y valoraciones hacia el futuro de incierta materialización. En consecuencia, considera que no es posible apreciar que la nueva delimitación de lo que ha de entenderse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción vulnere el art. 35.1 CE.

Al hilo de sus alegaciones relativas al art. 35.1 CE, los recurrentes también consideran que la falta de referencia en el art. 51 ET al juicio de razonabilidad conlleva una vulneración de art. 24.1 CE, por no permitir el control judicial sobre la causalidad de la medida. Esta denuncia es rechazada por la Sentencia pues el control judicial se extiende tanto sobre la concurrencia de la causa (cuya prueba corresponde al empresario que adopte la medida), como de la razonabilidad de la decisión extintiva adoptada, convirtiendo el ejercicio de la facultad en una actuación reglada y, por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torcitero de la facultad otorgada.

1.6. Salarios de tramitación

La siguiente cuestión sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional es la relativa al nuevo régimen jurídico establecido en la Ley 3/2012 en materia de salarios de tramitación. Consideran, en primer lugar, los recurrentes que al limitar el nuevo art. 56.2 ET el derecho a la percepción de los salarios de tramitación exclusivamente al supuesto en que el empresario opte por la readmisión del trabajador tras la declaración de improcedencia del despido, se está favoreciendo la extinción definitiva de la relación laboral en contra de la estabilidad en el empleo que proclama el art. 35.1 CE.

Este motivo de inconstitucionalidad fue rechazado por el Tribunal Constitucional en su Auto 43/2014, de 12 de febrero, al que se remite la STC 8/2015, puesto que tal opción legislativa entra dentro del margen de libertad de configuración de las relaciones laborales que le es atribuida al legislador por la Constitución.

Señala el TC que en la determinación de los efectos del despido improcedente, que corresponde al legislador, la Ley 3/2012 ha optado por mantener el abono de la indemnización como una alternativa válida a la readmisión del trabajador, posibilidad esta última que en ningún momento queda impedida por la norma. El carácter desincentivador de la readmisión que el recurso atribuye al hecho de que la indemnización no vaya acompañada de salarios de tramitación no deja de ser una presunción de los recurrentes, pero en ningún caso constituye una consecuencia necesaria de los preceptos cuestionados. Por el contrario, mantenida por la Ley la opción clásica entre indemnización o readmisión, en la elección entre una u otra podrán valorarse por el empresario aspectos muy diversos, sin que el coste de los salarios de tramitación en la readmisión sea el único factor a considerar ni conduzca automáticamente a decantarse por el pago de la indemnización, cuya cuantía, calculada en atención al salario y antigüedad de cada trabajador, constituirá otro de los elementos a tener en cuenta en la decisión en cada caso concreto.

2. Reducciones retributivas en el sector público

En este ámbito, la atención del TC se ha centrado en las normas por las que se han establecido reducciones retributivas a los empleados de la Administración con el fin de contener el gasto público y que son cuestionadas básicamente desde dos frentes: el respeto al principio de igualdad (art. 14 CE) y a la negociación colectiva en relación con la libertad sindical (arts. 37.1 y 28.1 CE). A estas dos alegaciones debemos añadir los problemas de retroactividad que también estas reducciones han planteado.

2.1. Principio de igualdad y derecho a la negociación colectiva

En el ámbito estatal, la lesión de los arts. 14, 37.1 y 28.1 CE ha sido descartada por el Tribunal Constitucional en un grupo numeroso de Autos por los que se resuelven las dudas de constitucionalidad planteadas respecto al RD Ley 8/2010, por el que se establece la reducción salarial del 5% en el salario de los empleados públicos. Respecto

al principio de igualdad se ha negado la vulneración porque, si bien la norma no aplica por igual las reducciones a todos los empleados públicos, las situaciones subjetivas comparadas no son homogéneas, ya que el diferente trato retributivo se establece en función del distinto vínculo entre los empleados públicos y la Administración (funcionarios y personal laboral) o en función de los diferentes grupos o categorías en que se clasifican los funcionarios, así como en el régimen de progresividad que demanda la mayor o menor capacidad económica de los afectados (ATC 179/2011, 180/2011, 8/2012, 35/2012, 246/2012). Por su parte, tampoco se considera que la modificación por la ley de las retribuciones previamente pactadas en convenio colectivo resulte contraria al derecho a la negociación colectiva –en conexión con la libertad sindical-, dado que no existe un principio de intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal -jerárquicamente superior- (AATC 85/2011, 101/2011, 102/2011, 104/2011, 105/2011, 106/2011, 109/2011, 110/2011, 115/2011, 8/2012, 39/2012, 205/2012).

2.2. Problemas de retroactividad

Por lo que se refiere a los problemas de retroactividad desde el punto de vista laboral la cuestión se ha planteado tanto como consecuencia de la reducción del salario de los funcionarios públicos en un 5 por 100 como en el caso de la supresión de la paga extraordinaria de 2012 en el sector público.

a) Reducción salarial de un 5 por 100

El Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, estableció que, con efectos de 1 de junio de 2010, el conjunto de las retribuciones de todo el sector público debía experimentar una reducción del 5 por 100, en términos anuales, respecto a las vigentes a 31 de mayo de 2010. Respecto de esta medida se han planteado dos cuestiones diferentes en materia de retroactividad ante el TC:

1º) En primer lugar, se planteado ante el Tribunal que el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010 recorta derechos económicos adquiridos de los funcionarios públicos reconocidos para toda la anualidad presupuestaria por la Ley 26/2009 de presupuestos generales del Estado para 2010. Ahora bien, para el TC tal argumento carece de fundamento, por cuanto la reducción de retribuciones impuesta por el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, lo es con efectos de 1 de junio de 2010 respecto de las retribuciones vigentes a 31 de mayo de 2010, esto es, afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hayan sido privados sin indemnización (art. 33.3 CE), ni de una regulación que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos (ATC 179/2011, de 13 de diciembre).

2º) Y, la segunda cuestión planteada exige una pequeña introducción previa para su comprensión. El Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, estableció una excepción a la regla general de reducción salarial del 5 por 100 impuesta con carácter general a todos los empleados públicos, y así excluyó de la citada reducción al personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles públicas, salvo que por negociación colectiva las partes decidieran la aplicación de la referida reducción salarial. Siguiendo lo dispuesto en esta norma la Comunidad de Canarias en el mes de julio de 2010 redujo el 5 por

ciento del salario a su personal y excluyó de la reducción al personal laboral de las sociedades mercantiles públicas y de las fundaciones públicas. Ahora bien, en el mes de diciembre, al aprobarse la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2011 se incluye un precepto según el cual las retribuciones del personal laboral de las sociedades mercantiles y públicas y fundaciones que no hubieran experimentado una reducción del 5 por 100, se les aplicará dicha reducción con efectos de 1 de junio de 2010. De este modo, a todo el personal laboral de las sociedades mercantiles públicas y de las fundaciones públicas que no habían experimentado una reducción del 5 por 100 en su cuantía salarial por no haber llegado a un acuerdo en la negociación colectiva, se les aplicó dicha reducción no con efectos de 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la norma, sino con efectos de 1 de junio de 2010.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias plantea cuestión de inconstitucionalidad alegando que la norma es retroactiva al incidir en retribuciones devengadas en un ejercicio presupuestario ya vencido, y que constituyen la contraprestación de trabajos ya realizados por el personal afectado.

La cuestión ha sido resuelta por el TC en su Sentencia 196/2014, de 4 de diciembre, pero en ella no se ha entrado en el problema de la retroactividad planteado por el órgano judicial sino que la cuestión ha sido estimada pero por motivos competenciales.

En efecto, en la STC 219/2013 el TC se había pronunciado también sobre un asunto relativo a la reducción salarial del 5% y su no aplicación al personal laboral de las empresas públicas. La Comunidad Autónoma de Cantabria, en aplicación del Real Decreto Ley 8/2010 procedió a reducir el 5 por 100 del salario a todo el personal del sector público, sin establecer ninguna excepción a esta regla, y, por tanto, incluyendo también al personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles públicas. El Juzgado de lo Social núm. 1 de Santander planteó cuestión de inconstitucionalidad al entender que la norma estatal era básica y que, por tanto, la Comunidad Autónoma no podía proceder a reducir el salario del personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles públicas salvo que así lo acordaran por convenio colectivo que es lo que preveía la norma estatal. El TC da la razón al Juzgado de lo Social, al considerar que la norma estatal es básica lo que determina la inconstitucionalidad y nulidad del precepto en cuestión.

Pues bien, siguiendo lo dispuesto en esta Sentencia, en el asunto comentado de Canarias el TC decide estimar la cuestión porque la Comunidad Autónoma de Canarias se ha extralimitado en sus competencias al aplicar la reducción salarial del 5 por 100 al personal laboral de las sociedades mercantiles públicas en contra de lo previsto en la norma estatal que los excluía de la reducción. En consecuencia, el TC no se pronuncia sobre la vulneración del art. 9.3 CE que el órgano judicial imputa al precepto autonómico. El precepto se declara inconstitucional y nulo por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias pero no por vulnerar el art. 9.3 CE.

b) Supresión paga extraordinaria diciembre de 2012

El Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad suprimió la paga extraordinaria de diciembre de 2012 para todo el personal del sector público. El Real Decreto Ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir, el 14 de julio. Pues bien, son muy numerosas las cuestiones de inconstitucionalidad que se han planteado reclamando los días que en cada caso se entienden devengados de la paga extra de diciembre en el momento de dictarse la norma.

La primera cuestión de inconstitucionalidad fue planteada por la Audiencia Nacional, y siguiendo el Auto de la Audiencia han sido muchos los órganos judiciales que han planteado cuestiones sobre este asunto.

Atendiendo a la consolidada jurisprudencia según la cual las pagas extraordinarias son salario diferido que se devenga día a día, la norma se considera contraria al art. 9.3 CE puesto que se está suprimiendo el derecho ya generado a percibir la parte proporcional de la paga extraordinaria devengada antes de la entrada en vigor de la norma. En unos casos el salario devengado son 14 o 44 días porque el devengo de la paga es semestral, pero cuando el devengo de la paga es anual los órganos judiciales vienen reclamando 194 días de la paga de diciembre. En todo caso, hay que tener en cuenta también que mucho órgano judiciales se han limitado a copiar el Auto inicial dictado por la Audiencia Nacional, en el que el devengo es semestral, y solicitan el abono de 14 días aun cuando en el caso el devengo de la paga consta que es anual.

En las cuestiones planteadas, el Abogado del Estado solicita la desestimación de la cuestión. Para el Abogado del Estado resulta evidente que una determinada interpretación jurisprudencial de un precepto legal no puede erigirse en parámetro de constitucionalidad de otra norma de rango legal, o lo que es lo mismo, no puede pretenderse la inconstitucionalidad de esta última sobre la base del modo en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado una determinada partida salarial. Al contrario, es la jurisprudencia la que tiene que adaptarse a lo que disponga el legislador y el legislador en el art. 2 RDL 20/2012 ha entendido, precisamente, que las gratificaciones extraordinarias se devengan en el momento del pago.

Afirma el Abogado del Estado que las gratificaciones extraordinarias se generan en un período determinado, si bien no surten efecto ni se incorporan propiamente al patrimonio del trabajador hasta el momento en que deben abonarse, por lo que el legislador puede modificarlas durante el período de generación. En suma, entiende el Abogado del Estado que no hay en este caso una eficacia retroactiva, dado que el RDL 20/2012 incide sobre una paga extraordinaria que todavía no se ha percibido.

Por su parte, el Fiscal General del Estado interesa la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad. . A la vista de la interpretación de la legalidad ordinaria por el máximo órgano jurisdiccional a quien compete dicha función, resulta evidente, a juicio del Fiscal General del Estado, que las pagas extraordinarias se devengan día a día, incorporándose cada jornada al patrimonio del trabajador, y ello con independencia de que su efectiva percepción tenga lugar en el último mes del período (salario devengado pero de percepción diferida). De este modo, sostiene que la privación de la cantidad correspondiente a dicho período supondría la restricción injustificada de un derecho individual que como tal prohíbe el art. 9.3 CE.

Hasta la fecha el TC se ha pronunciado sobre este asunto para declarar la extinción de algunas cuestiones de inconstitucionalidad por desaparición sobrevenida de su objeto.

En efecto, la disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, bajo el epígrafe “Recuperación de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012”, establece, en su apartado Uno, que cada Administración Pública, en su ámbito, podrá aprobar el abono de cantidades en concepto de recuperación de los importes efectivamente dejados de percibir como consecuencia de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 por aplicación del Real Decreto-ley 20/2012, siendo esas cantidades equivalentes a la parte proporcional correspondiente a los primeros 44 días de la paga extraordinaria suprimida.

En virtud de esta habilitación de conformidad con lo dispuesto en el art. 88.1 LOTC el Tribunal ha dirigido comunicación a las correspondientes Administraciones a fin de que indiquen si en atención a lo dispuesto en la disposición adicional 12ª de la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, o por cualquier otra circunstancia, han satisfecho a los trabajadores cuya demanda ha dado lugar al planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad alguna cantidad en concepto de recuperación de la parte proporcional de la paga extraordinaria, de diciembre de 2012; especificando, en su caso, el número de días de la citada paga a los que corresponden las cuantías abonadas.

Así, en aquellos casos en los que se ha procedido al abono de la parte proporcional de la paga extra de diciembre de 2012, la recuperación de dicha parte de la paga se ha considerado que supone la satisfacción extraprocesal de la pretensión deducida en el proceso laboral sobre el que se articula la cuestión de inconstitucionalidad. Esto la hace perder su objeto, al ser tal satisfacción extraprocesal uno de los posibles supuestos de extinción de la cuestión de inconstitucionalidad. Por ello, se declara la desaparición sobrevenida de su objeto.

Como he señalado, aunque muchas de las cuestiones se han declarado extinguida por el motivo que acabamos de comentar, son muchas todavía las que quedan pendientes bien porque el devengo es anual, y por tanto, con el abono de los 44 días de la paga de diciembre no ha quedado satisfecha su pretensión, o bien, en otros casos, porque no se ha procedido al pago de esas cantidades.

Una de las principales dudas que, a mi juicio, plantea el supuesto es si una interpretación jurisprudencial es susceptible de ser cuestionada mediante el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Los órganos judiciales en los Autos por los que plantean la cuestión de inconstitucionalidad parten de una interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre las pagas extraordinarias según la cual, las pagas extraordinarias se devengan día a día. Esa interpretación del TS no se refiere, lógicamente, al art. 2 RDL 20/2012, ni esa jurisprudencia tiene carácter de doctrina legal vinculante para los jueces y tribunales inferiores en grado del orden jurisdiccional social. Tiene el valor complementario del ordenamiento jurídico que a la jurisprudencia del TS le atribuye el art. 1.6 CCiv. Si esa interpretación jurisprudencial no puede ser tomada en cuenta como parámetro de constitucionalidad para el enjuiciamiento del precepto cuestionado el problema planteado cambiaría sustancialmente porque la base de toda la cuestión se centra en el hecho de que se viene entendiendo por la jurisprudencia que el devengo de las pagas extraordinarias se realiza día a día.

IX. NOTAS SOBRE POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO Y CONTRATACIÓN LABORAL EN ALEMANIA

Rosario Cristóbal Roncero

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid

1. Políticas activas de empleo

El pleno empleo de mujeres y hombres es un objetivo fundamental para los poderes públicos alemanes. Con este propósito, el Libro III del Código Social –*Sozialgesetzbuch III*, en adelante SGBIII- establece una serie de medidas denominadas “de promoción de empleo”, con las que se pretende mejorar las posibilidades de los desempleados de encontrar trabajo, equilibrando la oferta y la demanda en el mercado laboral.

La Agencia Federal de Empleo (*Bundesagentur für Arbeit*), dependiente del Instituto de estudios laborales y profesionales, es el órgano encargado de llevar a cabo los derechos reconocidos en el SGBIII. Es un organismo federal que tiene, entre sus funciones principales, las de observación del mercado laboral, la intermediación y creación de puestos, así como también la de evaluación de los instrumentos de las políticas activas de empleo.

-En materia de intermediación laboral, la agencia federal de empleo ofrece servicio de orientación y asesoramiento profesional o jóvenes y adultos. Este servicio incluye asesoramiento e información sobre cuestiones relacionadas con la elección de la profesión, así como con las profesiones y sus requisitos y perspectivas sobre carreras y fomento de la formación profesional y sobre las posibilidades que ofrece el mercado de trabajo para el desarrollo profesional en empresas y administraciones públicas.

El servicio de colocación es la principal tarea de las Agencias de Empleo, que ofrece a todas las personas que buscan empleo, ya sea porque lo han perdido o porque están en riesgo de perderlo¹⁷².

-Junto al servicio de colocación propiamente dicho, la Agencia de Empleo concede prestaciones y ayudas de promoción del empleo, cuando la inserción estable en el empleo o en la formación profesional hubiera resultado imposible. Dentro de estas prestaciones de apoyo a la colocación destacan: el denominado "presupuesto de colocación", dirigido a eliminar los impedimentos para la reparación e inicio de un empleo; las medidas para la activación e inserción profesional, que pueden ser medidas de muy diverso tipo. Así, nos encontramos con algunas dirigidas a aumentar las probabilidades de inserción tanto de demandantes de formación profesional como de las

¹⁷² En el momento en el que el trabajador es informado de la terminación de su relación laboral, está obligado a darse de alta personalmente en la Agencia de Empleo como solicitante de empleo.

personas que buscan un puesto de trabajo porque nunca lo han tenido o lo han perdido¹⁷³.

- El fomento del autoempleo es otra de las importantes medidas de las políticas activas de empleo que se han favorecido en el mercado laboral alemán. En este sentido, se propone el *Gründungszuschuss*, una suerte de capitalización de la prestación por desempleo para fomentar el autoempleo (§ 93.1 SGBIII). Se trata de una subvención del Estado para los emprendedores, dirigida, principalmente a los desempleados para incentivar el emprendimiento como instrumento para crear trabajo directo (autoempleo) o indirecto, los autónomos pueden, a su vez, crear puestos de trabajo a otras personas.

* * *

A pesar de que las cifras de desempleo no son tan preocupantes en Alemania como en el resto de la Unión, se incide en el fomento de la activación de políticas activas que favorezcan la resistencia del mercado de trabajo y la creación de empleo. Así, por dar un ejemplo en materia de empleo juvenil, Alemania, a pesar de tener en el año 2013, una tasa de desempleo juvenil, del 7,9% (aproximadamente 355.000 personas), ha sido uno de los primeros países en publicar su Plan Nacional de aplicación de la Garantía Juvenil (*Nationaler Implementierungsplan zur Umsetzung der EU-Jugengarantie in Deutschland*)¹⁷⁴.

2. Una aproximación a la contratación laboral en Alemania

Al igual que sucede en nuestro ordenamiento jurídico, el factor temporal tiene una especial relevancia en el contrato de trabajo alemán. Este factor incide en la tipología del contrato, de forma que la distinta configuración temporal de la relación laboral da lugar a la construcción de diversos tipos contractuales. Así, se contraponen el contrato de trabajo por tiempo indefinido y el contrato de trabajo temporal/ de duración determinada

Por regla general el contrato de trabajo se celebra por tiempo indefinido (§ 620 párrafo. 2 del Código Civil). Pero también es posible que el empresario y trabajador celebren un contrato por tiempo determinado.

Conviene recordar que las fuentes del Ordenamiento Jurídico laboral alemán son la legislación federal propia de este sector del ordenamiento, los convenios colectivos, los convenios de empresa y la jurisprudencia. De todos es sabido, que no existe un código del trabajo refundido, como ocurre en nuestro derecho, sino que las condiciones de

¹⁷³ La participación en la medida para la activación e inserción profesional depende de la propuesta de la Agencia de Empleo local que, a su vez, puede encargar directamente a otro organismo que lleve a cabo las medidas o bien entregarle a la persona que tiene derecho a la ayuda un cheque o bono de activación y colocación con el que puede ir incluso a una agencia de colocación privada. En este bono han de figurar: los cometidos necesarios para la consecución del objetivo individual y con este bono los titulares puede elegir libremente el organismo homologado, y sui se da el caso, las medidas autorizadas.

¹⁷⁴ <http://www.bmas.de/>, página web del Ministerio de Trabajo Alemán y asuntos Sociales, Bundesministerium für Arbeit und Soziales.

trabajo mínimas se regulan en leyes separadas y específicas, que se complementan con normas de desarrollo reglamentario.¹⁷⁵

3. Contratación temporal

Centrándonos en la contratación temporal de trabajo, pues es la que presenta mayores particularidades en la práctica, cabe señalar, que, en todo caso, el contrato de trabajo se debe formalizar por escrito, indicando con precisión y claridad, las condiciones de trabajo básicas que rigen la relación laboral.

En términos generales, el Derecho alemán admite expresamente la celebración de contratos temporales y/o de duración determinada, siempre que exista una condición objetiva para su conclusión o celebración, tal y como exige *la Ley sobre la Relación Laboral a Tiempo Parcial y de Duración Determinada* (Teilzeit- und Befristungsgesetz, TzBfG).

En efecto, la justificación temporal del contrato debe basarse en alguno de los motivos que señala el § 14.1 TzBfG, tales como: fecha de finalización concreta del contrato, conclusión de una tarea específica o una necesidad temporal, la llegada de un acontecimiento determinado, la sustitución de un trabajador, etc... Igualmente es lícito, el contrato de duración determinada sin causa que lo justifique, siempre que su duración no sea superior a dos años y ésta no sea, en ningún caso, consecuencia del encadenamiento de contratos, de duración determinado o indefinida, con el mismo empleador (§ 14.2 TzBfG); o el contrato de se celebre con un trabajador que tenga como mínimo 52 años de (en cuyo caso la duración del contrato asciende a cinco años de duración, § 14.3 TzBfG).

En consecuencia, al igual que sucede en nuestro Ordenamiento jurídico laboral, se admite la celebración de contratos temporales siempre que exista una causa que lo justifique. Vamos a repasar las notas más importantes del régimen jurídico de estas modalidades contractuales.

¹⁷⁵ Se consideran normas fundamentales en materia laboral las siguientes: El Código Civil (BGB), adoptado el 18 de agosto de 1896 y modificado por última vez el 2 de noviembre de 2000, que define la relación laboral. Sin embargo, la regulación concreta sobre cuestiones relativas despidos, enfermedad y vacaciones se tratan en las leyes específicas que se mencionan a continuación. La Ley de Constitución de la Empresa, adoptada el 23 de diciembre de 1988 y modificada por última vez el 22 de junio de 2001, regula el derecho de los trabajadores a participar en el Betrieb a través de los comités de Empresa; Ley de Convenios Colectivos, adoptada el 25 de agosto de 1969 y modificada por última vez el 29 de octubre de 1974, regula los convenios colectivos. Otra legislación laboral: Sobre Relaciones laborales: Ley Federal de vacaciones remuneradas; Ley de Promoción del Empleo; Ley de Protección del Empleo; Ley por la que se rige el pago de sueldos y salarios en días feriados y en caso de enfermedad; Ley de Protección contra el Despido; Ley sobre el Traslado Comercial de Empleados. Sobre formación profesional: Ley de Formación Profesional; Ley sobre Tiempo Parcial y Plazo Fijo; Sobre Prevención de Riesgos Laborales Ley de Protección de la Maternidad; Ordenanza sobre la Protección de la Maternidad en el Lugar de Trabajo; Ley de Protección de los Trabajadores Jóvenes; Ley sobre Horas de Trabajo; Ley sobre pago de subsidios y concesión de licencias para cuidado infantil; Ordenanza sobre Insolvencia; Sobre *solución de Conflictos Individuales*: Ley de Tribunales Laborales; Código de Procedimiento Civil.

a) Contrato por tiempo determinado (*Befristeter Arbeitsvertrag*).

Estos contratos se celebran por un tiempo o plazo determinado; están sometidos a una limitación temporal. Por ello debe figurar en el contrato su fecha de inicio y finalización, aun cuando el propio contrato esté sometido a un período de prueba. Si no figura la fecha de finalización del contrato, éste se presume por tiempo indefinido (*unbefristeter Vertrag*).

En principio, la duración de este tipo de contrato no puede ser superior a dos años (§ 14.2 TzBFG), salvo que la necesidad temporal subsista o en los supuestos excepcionales antes señalados. En todo caso, si se arguyen razones objetivas y lícitas, -por ejemplo, poner a prueba al empleado o el carácter limitado del trabajo que se efectúa-, sería factible que el contrato fuera prorrogado por sus sujetos; el máximo de prórrogas sería tres (duración de hasta seis años), excepto en el supuesto de los trabajadores mayores de 52, cuyo contrato tendría una duración máxima de 5 años¹⁷⁶.

b) Contratos de trabajo temporal (*Zeitarbeitsvertrag*)

Este tipo de contrato también se celebra por un período determinado, por tanto tiene naturaleza temporal- de hecho, la traducción literal es contrato de trabajo por tiempo-, sin embargo, la peculiaridad que presenta es la de que el empleador hace uso de esta modalidad de trabajo temporal a través de una ETT.

Por tanto, en este caso, es el empresario el que concierta con la ETT la relación de trabajo y no con el trabajador. Es la empresa de trabajo temporal la que contrata al trabajador para después cederlo a la empresa durante el período de tiempo solicitado (*Arbeitnehmerüberlassung*).

Este tipo de contratación, a diferencia de los que sucede con los contratos de duración determinada, ha disminuido en los últimos años. Una de las razones principales de esta disminución son las críticas que, desde comienzo de esta década, se han venido vertido sobre esta modalidad contractual. En efecto, el *Zeitarbeitsvertrag* se ha utilizado, en ocasiones, para sustituir a trabajadores fijos de plantilla con salarios notablemente inferiores. Por ello, a partir de año 2012 - y teniendo en cuenta los consiguientes ajustes salariales- se establece un salario mínimo de 8,50 € brutos por hora efectivamente trabajada a través de esta modalidad contractual¹⁷⁷.

c) Contrato de formación profesional (*Berufsbildungsvertrag*)

¹⁷⁶Este tipo de contratos en los que la planificación del futuro resulta más compleja, habían subido durante los últimos años, sobre todo entre los jóvenes universitarios con poca experiencia laboral. Entre 2001 y 2011 el número de nuevas contrataciones de duración determinada ha subido de un 32% a un 45%. Sin embargo, en 2013 bajaron en un 4,7 %. Este mismo año, uno de cada once contratos fue temporal y la mayoría de los contratados a corto plazo fueron nuevas incorporaciones al mundo laboral. Por otra parte, los sueldos de una misma profesión pueden variar bastante dependiendo del tipo de contrato: en el caso de los contratos temporales, el sueldo medio está un 20% por debajo de los salarios medios en los puestos fijos. Este tipo de contratos suelen utilizar en casos de contrataciones por un proyecto o para una interinidad.

¹⁷⁷Otro contrato similar a éste es el de obra o servicio determinado (*Dienstvertrag*). Este tipo de contrato permite emplear trabajadores para una tarea que se llevará a cabo durante un período concreto previamente fijado. Algunas empresas utilizan los contratos por obra para evitar el salario mínimo establecidos en los contratos de duración determinada. El resultado son retribuciones aún inferiores a la de los *befristeter Arbeitsvertrag* y con una menor protección social.

La organización de la formación se lleva a cabo, de forma alternativa, entre la empresa y el centro educativo (*Berufsschule*).

-La formación en la empresa se articula a través de un contrato de trabajo entre la empresa de formación y el aprendiz.

La duración de este contrato es, obviamente, determinada, fijando la ley un límite mínimo y máximo (de dos años a tres años), que depende, básicamente, de la formación escolar y de la experiencia laboral que acredite el aprendiz. Dentro de este límite podrán fijar específicas duraciones las estipulaciones del sector en el que se realiza la formación¹⁷⁸.

Las empresas asumen los costes de formación de la formación y se comprometen a proporcionar al aprendiz la competencia profesional prevista en el decreto regulador de la profesión en cuestión. La naturaleza normativa de estos decretos garantiza unos estándares nacionales comunes, con independencia de cuáles sean las necesidades puntuales de cada empresa.

La formación sólo se puede realizar en empresas autorizadas a impartirlas en las que se cuente con formadores que tengan la cualificación y la capacitación profesional y personal en el decreto regulador del título profesional.

En el caso de que la empresa no disponga de formadores acreditados o que su formación no sea la adecuada para el plan formativo exigido, las opciones que ofrece la Ley de Formación profesional alemana son:

- por un lado, los "centros de formación externos a las empresas" (*Berbetriebliche Berufsbildungsstätte*), en los que se puede completar la formación y dependen de las "cámaras oficiales de profesión", y
- por otro, las denominadas "Asociaciones de formación", creadas por las propias empresas, y que se nutren unas u otras de las formación que precisan. "Empresa principal-empresa que acompaña", en la que la responsabilidad de la formación es exclusivamente de la empresa principal, pero parte de ésta se realiza en la otra empresa o el denominado modelo de "formación por encargo", en el alguna empresa que no sea formadora, pero que disponga de las instalaciones adecuadas realiza por encargo remunerado alguna parte de la formación.

Por lo que se refiere a la retribución de los aprendices, la norma no habla de salario como tal, sino más bien, de una "bonificación", que se pacta con los sindicatos. El importe de esta bonificación aumenta con cada año de formación y, por lo general, equivale a un tercio del salario inicial de un trabajador cualificado.

En la práctica las empresas incorporan a sus aprendices en la plantilla (*Übernahme*) después de que aprueben los exámenes de formación y les suelen ofrecer un contrato indefinido¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Norma que regula este tipo de contrato para la profesiones artesanales y/o manuales (*Handwerksordnung*), se encuentra en: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/hwo/gesamt/pdf>. En relación con la regulación de los títulos profesionales (*Ausbildungsordnungen*) se han aprobado, en el ámbito federal, unas 370 profesiones reguladas. Estas normas fijan los contenidos, la organización y el desarrollo de la formación. Por último, la norma que regula la "formación de formadores" (*Ausbildereignungsverordnung*) http://www.bibb.de/dokumente/pdf/ausbilder_eignungsverordnung.pdf.

¹⁷⁹ Cuando la opción de contratación es la de jóvenes recién titulados la oferta es la de "puesto de capacitación profesional para titulados universitarios (*Trainee-Stelle*)". En este caso se firma también un contrato de duración determinada para el tiempo que dure el programa de formación que suele estar entre 1 y 2 años.

Básicamente las diferencias fundamentales entre el contrato de formación dual y las otras modalidades contractuales pueden resumirse en la siguiente tabla:

Contrato de formación		Otra modalidad contractual
Formación en una profesión reconocida	Objeto	Realización de un trabajo
Formador y aprendiz (representantes legales en caso de menores de 18 años)	Partes	Empresario y trabajador
Prevista en la normas reguladoras de cada profesión (mínimo 2 años, máximo 3 años)	Duración	En función del tipo de contrato
“Ayuda Social” o “Bonificación	Retribución	Salario
Durante el período de prueba en cualquier momento sin preaviso	Extinción	Con preaviso en situación ordinarias
Por escrito y obligación de inscripción en el registro de la cámara oficial correspondiente	Forma	Oral, salvo contratos temporales, y /o escrito

-El cometido de los Centros educativos de formación (*Berufschule*) es el de transmitir las bases teóricas de la Formación profesional y ahondar en los conocimientos teóricos adquiridos en la empresas. Como centros educativos que son, también deben ampliar la educación general de las etapas escolares anteriores, aportando conocimiento y competencias sociales necesarias para la incorporación en el mercado de trabajo.

En consecuencia, el doble contenido laboral y formativo que persigue el contrato de formación, precisa de una ajustada regulación por parte de los actores que intervienen en esta relación de trabajo. Así, el reparto del horario entre la empresa y el centro educativo se acuerda entre ellos, con intervención también de la Inspección educativa y la Cámara del sector, cuya formación esté en proceso de aprendizaje.

Sobre los beneficios de este sistema dual, cabría concluir, que son muchos y diferentes para todos los sujetos que intervienen en esta relación de trabajo. Así, la empresa se asegura trabajadores cualificados, facilita su incorporación en la estructura de la propia empresa, los costes de contratación son bajos y, además, las empresas ejercen una cierta influencia sobre el contenido y la organización de la formación atendiendo a las necesidades del mercado. Por su parte, los aprendices se incorporan con cierta facilidad al mercado, adquieren una adecuada formación bajo unos estándares uniformes de cualificación y reciben una bonificación -que oscila entre los 230 y 870 euros-, mientras que reciben una formación. En fin, el Estado ofrece a los jóvenes que terminan la educación básica obligatoria una formación reglada, contribuyen al desarrollo y

fortalecimiento del sector privado, evitando presión sobre el presupuesto público, y son asimismo garantes del cumplimiento de los estándares competitivos de formación para todo el estado alemán.

En la práctica las empresas incorporan a sus aprendices en la plantilla (Übernahme) después de que aprueben los exámenes de formación y les suelen ofrecer un contrato fijo.

4. Contrato a tiempo parcial

El trabajo a tiempo parcial se rige por *la Ley sobre la Relación Laboral a Tiempo Parcial y de Duración Determinada* (Teilzeit- und Befristungsgesetz, TzBfG).

Dentro de esta regulación, encontramos dos “modalidades” de trabajo a tiempo parcial:

a) Una, similar a la que prevé nuestro art. 12.1 ET, que utiliza prácticamente los mismos parámetros para determinar el carácter “a tiempo parcial” de un contrato de trabajo.

Así, será trabajador a tiempo parcial “aquel cuya duración de jornada regular sea inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable. También será trabajador a tiempo parcial, aquel cuya duración regular de jornada, aun cuando ésta no hubiera sido pactada, fuese inferior al de un trabajador a tiempo completo comparable. Se entenderá por trabajador a «tiempo completo comparable» a un trabajador a tiempo completo del mismo centro de trabajo con el mismo tipo de contrato y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en el centro de trabajo no hubiera un trabajador comparable a tiempo completo, la comparación se realizará tomando en consideración a un trabajador a tiempo completo comparable según el convenio colectivo de aplicación; en el resto de los supuestos habrá que determinar en cada sector quien se considera como trabajador a tiempo completo comparable (§2.1 TzbfG)¹⁸⁰

b).- Otra modalidad es la del §2.2 TzbfG. En el sentido de este párrafo, será trabajo a tiempo parcial el que ejerce un trabajador que desarrolla una «ocupación insignificante» (*gerinfügige Beschäftigung*), es decir, un trabajo marginal de conformidad con lo establecido en el §8 .1 1º del IVº Libro del Código de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*). Son «trabajadores marginales» aquellos cuya remuneración no supera los 400 Euros al mes.

Dentro de esta modalidad de «trabajo marginal», se encuentran los denominados «mini-empleos» (*Minijobs*), incorporados a la legislación alemana por la 2ª Ley para la modernización de los servicios del mercado laboral (*Zweite Gesetz für Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt del 23.12.2002*)

¹⁸⁰ Con carácter general, cada trabajador cuya prestación de trabajo haya superado, como mínimo, 6 meses de duración podrá solicitar la conversión de su contrato de trabajo en contrato a tiempo parcial (§8, 1 TzbfG). El empleador aceptará esta petición a menos que no la considere factible por razones operativas: por ejemplo, cuando la reducción de las horas de trabajo pueda tener efectos negativos en la organización, el flujo del trabajo o la seguridad, o dé lugar a costes excesivos. En los convenios colectivos pueden especificarse otras razones aceptables para denegar ese tipo de peticiones. Asimismo, los trabajadores a tiempo parcial que deseen trabajar con dedicación completa tendrán preferencia en caso de vacante de esa clase en el centro de trabajo, salvo que existan razones organizativas que lo impidan (§9, 1 TzbfG). Los empleadores están también obligados a informar a los empleados que quieran cambiar sus horas de trabajo, así como al comité de empresa, de los puestos de dedicación completa o a tiempo parcial que se encuentren vacantes en la empresa y de las oportunidades de participar en actividades de formación.

Con anterioridad a esta reforma, los trabajadores con este tipo de trabajos no tenían ningún derecho a protección social. Desde la entrada en vigor de la citada norma aquéllos que contratan a un trabajador a través de un “Minijob”, ya sea un empresario laboral, un autónomo, o un cabeza de familia tendrá la obligación de dar de alta al trabajador en la denominada «central de miniempleos/oficina de mimempleos» (*minijobs Zentrale*). Así, está obligado a cotizar, con carácter general, por una cuota global del 30%: 15% por el seguro de pensiones; 13% por el seguro de enfermedad; y un 2% en concepto de impuestos (120 euros por un salario de 400). Cuando se trata de un cabeza de familia, la cuota global de cotización será del 13,60%: 5% por seguro de pensiones; 5% por seguro de enfermedad; 1,6% por seguro de accidentes y 2% de impuestos.

Con todo y a pesar de la obligación de cotizar de los empresarios laborales, estos trabajadores, en su mayoría mujeres, no disfrutaban de los mismos derechos, ni laborales ni de Seguridad Social, que el resto de trabajadores con una jornada a tiempo completo o que no dispongan de un salario superior a 400 netos €. Así, por ejemplo, al no cotizar por desempleo, éstos trabajadores carecen del acceso a dicha prestación. Igualmente, carecen del derecho a la asistencia sanitaria, salvo que estén casados y puedan quedar incluidos como beneficiarios en el seguro de enfermedad del cónyuge. De esta forma los solteros deberán asegurarse voluntariamente si desean tener derecho a la asistencia sanitaria, a no ser que dispongan de seguro de enfermedad por otro vía.

En relación con el derecho a la pensión jubilación y demás derechos (pensiones anticipadas, pensiones por incapacidad permanente, etc...), se prevé la posibilidad –en la norma se habla de “beneficio”– de que los trabajadores con minijobs puedan completar la cotización para acceder a la pensión de jubilación al igual que el resto de trabajadores. El tipo de cotización total es del 19,9 %. Como ya se ha señalado el empresario laboral cotiza hasta un 14,9 % y el cabeza de familia por 4,9%. Pues bien, el trabajador que lo desee podrá cotizar por la respectiva diferencia hasta cotizar por el máximo exigido. En relación con este “beneficio” del que habla la norma cabe destacar que:

- En estos casos, para el cómputo de cotizaciones para tener acceso a la pensión de jubilación, se tendrá en cuenta cada mes trabajado como mes completo, siempre que se hubiera cubierto un período mínimo de cotización de cinco años.
- En situaciones de incapacidad temporal, el trabajador tendrá derecho a las prestaciones de rehabilitación y, en su caso, a la prejubilación.

Para que se efectúe el descuento de esta cuota voluntaria, el trabajador de minijobs deberá comunicar por escrito a su empleador su renuncia a la posibilidad de asegurarse por cuenta, así como también su voluntad manifiesta para que le detraigan de su salario dicha “cuota adicional”. Esta opción es “irreversible” y se mantiene durante toda la relación laboral.

5. Conclusiones

Los datos estadísticos oficiales, publicados por Eurostat, demuestran una resistencia general del mercado de trabajo alemán. La evaluación de los instrumentos de políticas

activas en el mercado de trabajo permite conocer los resultados de su implantación y concluir que presentan una eficacia no uniforme¹⁸¹.

De todas las políticas activas de empleo son las actuaciones dirigidas específicamente a incentivar y facilitar el inicio de una actividad laboral, como el subsidio para emprendedores y las medidas empresariales de capacitación aumentan las oportunidades de empleo de los beneficiarios y las que facilitan la formación continua de los trabajadores son las medidas que incrementan la posibilidad de inserción laboral.

¹⁸¹ Aktive Arbeitsmarktpolitik in Deutschland und ihre Wirkungen: <http://doku.iab.de/forschungsbericht/2008/fb0208.pdf>

X. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN PORTUGAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN

Maria Regina Redinha

FDUP/CIJE

Universidade do Porto

O Direito do Trabalho sempre foi o “suspeito habitual” nas situações de crise económica e social e uma das áreas mais permeáveis ao “experimentalismo” legislativo, a tal ponto que a precariedade passou a ser um atributo, não apenas das relações laborais, mas também das leis do trabalho. Podemos hoje, com inteira propriedade, falar de trabalho precário, de empresas precárias e de leis precárias, a tal ponto que a certeza e segurança deste ramo de direito e dos vínculos que sob ele se abrigam se reduziram a um estado visco-elástico.

Em Portugal esta tendência não deixou de se reflectir e podemos pressenti-la na “Grande Recessão” que se vive, embora sem uma reforma de largo espectro, como as que foram levadas a cabo em Espanha, em 2010¹⁸² e em 2012¹⁸³, ou em Itália, em 2014, com o *Jobs Act*¹⁸⁴. Com efeito, a última grande reforma laboral portuguesa ocorreu ante-crise, em 2003¹⁸⁵, com a publicação do que viria a ser o primeiro Código do Trabalho, pois logo em 2009¹⁸⁶ outro se lhe seguiria, apesar de, formalmente, ser fruto apenas de uma revisão do anterior.

1. O Código do Trabalho de 2009

O Código de 2009 vigente, elaborado ainda no período anterior à erupção aguda da crise do *subprime*¹⁸⁷, não deixou, todavia, de introduzir alterações muito significativas no ordenamento jurídico e de modificar profundamente o enquadramento da contratação laboral. Assim, a par da reformulação da noção de contrato de trabalho e da sua autonomização face à clássica concepção expressa no art. 1152º do Código Civil, o Código do Trabalho (CT) passou a incluir em secção própria um elenco de modalidades de contrato de trabalho, no qual se incluem o contrato de duração determinada — art.

¹⁸² Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

¹⁸³ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

¹⁸⁴ Cfr. Legge 10 dicembre 2014 n.183 (Legge Delega), e subsequentemente, Decreto Legislativo 4 marzo 2015, n.22, Decreto Legislativo 4 marzo 2015, n. 23, Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 80, Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 8, Decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 148, Decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 149, Decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 150, Decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 151.

¹⁸⁵ Lei 99/2003, de 27 de Agosto.

¹⁸⁶ Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro.

¹⁸⁷ Desde a sua aprovação o Código já conheceu nove alterações pontuais (Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro; Lei n.º 53/2011, de 14 de Outubro; Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho; Lei n.º 47/2012, de 29 de Agosto; Lei n.º 69/2013, de 30 de Agosto; Lei n.º 27/2014, de 8 de Maio; Lei n.º 55/2014, de 25 de Agosto; Lei n.º 28/2015, de 14 de Abril e Lei n.º 120/2015, de 1 de Setembro) e duas rectificações (Rectificação n.º 21/2009, de 18 de Março e Rectificação n.º 38/2012, de 23 de Julho).

139º, ss. —, o trabalho a tempo parcial — art. 150º, ss. —, o trabalho intermitente — art. 157º—, a comissão de serviço — art. 161º, ss. —, o teletrabalho — art. 165º, ss. — e o trabalho temporário — art. 172º, ss. Estas figuras deslocaram-se, deste modo, da zona da “atipicidade” ou da anomia para a centralidade do sistema contratual do trabalho, colorindo-o com a sua diversidade e conferindo-lhe pluralidade. Manteve-se, contudo, a moldura constitucional laboral dominada pelo princípio da segurança no emprego — art. 53º, da Constituição da República Portuguesa¹⁸⁸ — e, por conseguinte, também o primado social do contrato de duração indeterminada e a sua função paradigmática, tal como tem vindo a ser, repetidamente, reconhecido pelo Tribunal Constitucional¹⁸⁹.

Após o Código do Trabalho de 2009, reconstituiu-se a ordenação relativa das diversas modalidades de contrato de trabalho e redesenhou-se o direito positivo para, a par do modelo predominante do contrato de duração indeterminada, passar o contrato de duração determinada a ser havido como polo secundário ou alternativo ao primeiro. Esta posição nuclear do contrato de duração determinada resulta muito evidente pela existência de subtipos dele derivados, como o contrato especial de muito curta duração — art. 142º —, ou contrato de trabalho temporário —art. 180º.

O elenco destas modalidades contratuais é aberto (*numerus apertus*), admitindo a livre celebração de outros tipos, subtipos ou de vínculos atípicos, de acordo com a máxima amplitude consentida pelo princípio da liberdade contratual — art. 405º, Código Civil, o que significa que a secção respectiva não esgota as modalidades possíveis de contrato de trabalho, pois não só encontramos figuras que constituem verdadeiras modalidades inseridas sistematicamente noutras secções do CT (caso da pluralidade de empregadores —art. 101º — e da cedência ocasional de trabalhadores — art. 288º), como há formas típicas de contratação laboral em legislação dispersa.

2. Institutos de resposta à crise

A resposta legislativa ao “estado de emergência económica e financeira”, no âmbito laboral pautou-se, sobretudo, por medidas pontuais de constricção salarial ou de outras prestações de imediata incidência pecuniária, como, de resto, decorria das exigências, explícitas e implícitas, do *Memorando de Entendimento com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional* que Portugal subscreveu, em 11 de Maio de 2011. No entanto, preocupações flexibilizadoras da relação laboral ou da sua cessação foram igualmente prosseguidas, tal como sucedeu com o estabelecimento de um novo regime do despedimento por extinção do posto de trabalho ou por inadaptação — Lei 27/2014, de 8 de Maio — ou com a redução da compensação por cessação do contrato de trabalho — Lei 69/2013, de 30 de Agosto.

Neste âmbito sobressaem, porém, pela sua ruptura com o entendimento tradicional do respectivo instituto, as modificações introduzidas na contratação de duração

¹⁸⁸ Art. 53º da Constituição da República Portuguesa, epígrafado, “segurança no emprego”: *É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.*

¹⁸⁹ Ver, por todos, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 632/2008, *Diário da República*, 1ª série, 9 de Janeiro de 2009, p. 165: “O estabelecimento entre trabalhadores e empregadores de relações de trabalho constituídas por contratos de duração indeterminada deve ser a regra e a contratação a termo a excepção”.

determinada, nomeadamente, a criação do contrato especial de muito curta duração e a renovação extraordinária do contrato a termo certo.

2.1. Contrato de muito curta duração

O contrato a termo de muito curta duração – artigo 142º —, é um subtipo do contrato a termo resolutivo que possui um campo material de aplicação, restrito a actividades sazonais agrícolas e eventos turísticos com duração não superior a quinze dias. A especialidade do seu regime reconduz-se à dispensa de forma escrita — art. 142º, n.º 1 —, ao contrário do que acontece com o comum dos contratos de duração determinada, e à fixação de um prazo máximo de duração, que não pode exceder setenta dias anuais — art. 142º, n.º 2. Mais recentemente, este mesmo modelo simplificado de contrato de duração determinada foi adoptado para a actividade de movimentação de cargas no trabalho portuário, embora neste caso a extensão máxima possível seja de cento e vinte dias anuais¹⁹⁰.

2.2. Renovação extraordinária do contrato a termo certo

Outro aspecto significativo de corte com a excepcionalidade dos contratos de duração determinada traduziu-se na admissão da possibilidade da sua renovação extraordinária¹⁹¹, primeiro através da Lei 3/2012, de 10 de Janeiro e depois de um hiato de breves meses por força da Lei 76/2013, de 7 de Novembro. Trata-se de um mecanismo de renovação dos contratos de duração determinada que pode suceder quer à renovação ordinária (renovação extraordinária propriamente dita) quer à renovação extraordinária (meta-renovação extraordinária). Só podem ser renovados os contratos a termo sujeitos ao regime comum do Código, que se encontrem vigentes até 8 de Novembro de 2015, pelo que, em princípio, é uma regulamentação excepcional e transitória, prevendo a Lei 76/2013 a sua caducidade no dia 31 de Dezembro de 2016.

No que respeita às condições da sua verificação, temos assim uma renovação sujeita a um limite mínimo e máximo e de carácter objectivo, ou seja, uma renovação desligada da causa originária da celebração do contrato. Ao contrário do que dispõe o CT para a celebração — art. 140º — e para a renovação ordinária — art. 148º —, a renovação extraordinária não depende da existência ou subsistência de qualquer necessidade temporária do empregador. Está, por consequência, aberto o caminho para que o contrato de trabalho de duração determinada evolua de um contrato causal para um contrato de controlo exclusivamente temporal.

¹⁹⁰ Cfr. art. 7º, n.º 1, Decreto-Lei 293/93, de 13 de Agosto, após alteração introduzida pela Lei 3/2013, de 14 de Janeiro.

¹⁹¹ Sobre a renovação extraordinária, MARIA REGINA REDINHA, F. LIBERAL FERNANDES, CAROLINA SAN MARTÍN, , “La reforma laboral en España y Portugal: análisis de los cambios en modalidades contractuales y en tiempo de trabajo”, *Actas Del Congreso: La Reforma Laboral 2012*, URJC, 27 marzo, Madrid, 2012, p. 84, ss.

3. Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas

Das diversas reformas da última década que, subtil ou ostensivamente, vão alterando a estrutura do emprego em Portugal, a mais compreensiva foi a relativa ao emprego público. Depois de longas décadas sob o regime do Direito Administrativo, o emprego público está hoje, em grande medida, em vias de aproximação ou mesmo de fusão com o emprego privado e, por conseguinte, sujeito ao Direito do Trabalho em considerável extensão.

A Lei 35/2014, de 20 de Junho, persistiu neste rumo ao instituir uma lei geral do trabalho em funções públicas, revogando a regulamentação anterior de 2008 e consolidado vários outros diplomas.

As orientações estruturantes da nova lei podem, assim, sintetizar-se, num alinhamento do emprego público com o privado e na reserva do estatuto tradicional de funcionário público para funções e actividades relacionadas com especiais interesses do Estado.

Antes de um breve exame das principais disposições da Lei, temos de considerar o seu contexto constitucional, começando pelo princípio da igualdade – art. 13º e art. 47º, n.º 2 - que, numa formulação muito ampla, garante a igualdade de acesso ao emprego público, bem como a igualdade ao longo da sua duração e na sua cessação, cobrindo, igualmente, todos os seus procedimentos e modalidades. O art. 47º, por seu turno, define o direito de acesso à função pública e ao respectivo emprego como uma proposição derivada do direito de livre escolha da profissão ou do trabalho. Qualquer cidadão que reúna os requisitos legalmente fixados para a função ou funções públicas em questão pode, portanto, a elas aceder.

A lei, actualmente, no seu art. 17º, determina que só os nacionais portugueses, maiores de dezoito anos, podem ser recrutados para o exercício de funções públicas, embora esta exigência possa ser afastada pela Constituição, por tratado internacional ou por lei especial. Correntemente, a nacionalidade é hoje apenas requerida para cargos e funções que não sejam de natureza técnica.

Por último, a Constituição estabelece no seu art. 266º, os princípios fundamentais da Administração Pública, definindo os parâmetros de actuação no exercício de uma relação de emprego público, começando, pela prossecução do interesse público e pelo respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. O princípio da legalidade é nesta sede também reafirmado, impondo o exercício de funções públicas segundo o quadro jurídico constitucional, internacional e nacional, como é inerente ao Estado de direito. Da prevalência deste princípio emerge, entre outras consequências, a responsabilidade disciplinar, civil e criminal dos funcionários e dos trabalhadores públicos pela violação de direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares.

Além disso, a Administração Pública pauta a sua acção pelo princípio da igualdade, o que significa que está obrigada a tratar igualmente situações semelhantes e a diferenciar situações diferentes. É uma imposição de duas faces: a proibição de discriminação negativa e o dever de diferenciar segundo a desigualdade da situação concreta. Obviamente, os momentos da relação de emprego em que este princípio se torna mais relevante são os momentos da constituição do vínculo de emprego, particularmente durante o procedimento de selecção, e durante a execução do contrato e o procedimento de avaliação de desempenho.

Um outro padrão valorativo importante, sobretudo em matéria disciplinar, é a regra da proporcionalidade, entendida pela jurisprudência, como ideia de equilíbrio na limitação

de prejuízos, encargos, sacrifícios ou ónus para compromisso com direitos ou interesses protegidos.

Com esta integração constitucional a Lei 35/2014, de 20 de Junho, teve por objectivo consolidar a regulamentação fundamental do emprego público anteriormente dispersa e, por outro lado, aproximar este vínculo da relação de emprego privado, visto como modelo mais eficiente e flexível, tornando o arquétipo napoleónico uma espécie quase extinta.

A lei aplica-se à administração directa e indirecta do Estado e, com as devidas adaptações, entre outros, aos serviços da administração regional e autárquica, aos órgãos e serviços de apoio do Presidente da República, dos Tribunais e do Ministério Público – art. 1º. Através da delimitação do seu âmbito de aplicação a lei, de modo indirecto, define quem pode ser o empregador na relação de emprego em funções públicas, daqui resultando ser, invariavelmente, uma pessoa colectiva pública.

A lei ocupa-se ainda da determinação negativa da sua aplicabilidade – art. 2º -, dela excluindo, *grosso modo*, as entidades públicas empresariais, gabinetes de apoio aos membros do governo, entidades com funções reguladoras, Banco de Portugal, forças armadas e policiais. Tal não significa, no entanto, que não haja relações de trabalho, total ou parcialmente, sujeitas à lei, mas apenas que existem regulamentações especiais para as entidades e sectores de actividade aí referidos.

Quanto ao surgimento de uma relação de emprego público, verificamos que o contrato de trabalho em funções públicas – art. 6º, n.º 2 –, forma ordinária de acesso a este tipo de actividade e um factor evidente de aproximação ao regime comum laboral – art. 7º - não difere substancialmente da noção clássica de contrato de trabalho, contradistinguindo-se, igualmente, através do critério da subordinação.

Segundo a tipologia legal, há duas modalidades fundamentais de constituição da relação de emprego público: o contrato de trabalho em funções públicas e a nomeação – art. 6º.

O contrato de trabalho em funções públicas pode ser um contrato de duração indeterminada ou um contrato de duração determinada – art. 6º, n.º 4. Nesta última hipótese, a sua duração pode ficar dependente de um termo certo ou incerto – art. 56º, n.º 1.

É ainda referida nas modalidades de emprego público a comissão de serviço, embora, em rigor, se trate de uma subespécie da nomeação, que se destina à execução de funções exteriores a uma carreira, como acontece, nomeadamente, com os cargos dirigentes – art. 9º.

À semelhança do que sucede no emprego privado, também aqui o contrato de trabalho de duração indeterminada constitui a regra. O contrato de duração determinada, a termo resolutivo certo ou incerto, só pode ser celebrado numa das circunstâncias legitimadoras previstas na lei – art. 57º -, estando o empregador obrigado a fundamentar o motivo causante do contrato – art. 57º, n. 1. Enquanto contratos de duração determinada, reentram nas prescrições do Acordo-quadro constante da Directiva 1999/70/CE, de 28 de Junho.

Na maioria das situações previstas no elenco taxativo de causas de celebração do contrato de duração determinada a duração não pode exceder três anos, incluindo as duas renovações ordinárias possíveis – art. 60º. Estes contratos não foram passíveis de renovação extraordinária, como sucedeu no domínio do emprego privado.

No que respeita ao contrato a termo incerto (cláusula *incertus quando*), as possibilidades da sua celebração são mais limitadas, pois a lei é mais restritiva na lista dos respectivos motivos justificativos – art. 57º, n.º 3. A sua duração máxima pode estender-se pelo tempo necessário para o desempenho da actividade que o fundamentou – art. 60º, n.º 2.

A nomeação difere, estrutural e funcionalmente, do contrato de trabalho. Com efeito, não é uma modalidade contratual, pois estamos perante um acto unilateral do empregador que para a produção dos efeitos para que tende requer a aceitação do nomeado. Devido ao limitado âmbito objectivo de aplicação, a nomeação é hoje um tipo residual de acesso à relação de emprego público – art. 8º.

Uma particularidade da Lei 35/2014 é estender a sua regulamentação também à prestação de trabalho independente. Isto é, a par do contrato de trabalho em funções públicas, da nomeação e da comissão de serviço, a lei contempla ainda o contrato de prestação de serviço para o exercício de funções públicas – art. 10º -, vínculo de onde está ausente a subordinação jurídica e a integração hierárquica ou orgânica do trabalhador na instituição beneficiária da actividade. Esta exteriorização do trabalho pode ser efectivada através de um de dois tipos: o contrato de tarefa ou de um contrato de avença.

O contrato de tarefa tem por objecto a prestação de trabalhos específicos que, necessariamente, revestem natureza excepcional, quer no que diz respeito ao conteúdo quer no que diz respeito às condições de execução. Por outro lado, são contratos limitados temporalmente que não admitem prorrogação ou renovação – art. 10º, n.º 2, a).

O contrato de avença, embora constitua um subtipo do contrato de prestação de serviço, e, como tal, seja uma modalidade de prestação hétero-determinada de prestação, é uma figura mais próxima do contrato de trabalho, pois é objecto de remuneração certa mensal. Só é permitido o recurso ao contrato de avença para prestações sucessivas de serviço no exercício de profissões liberais. Na caracterização legal, é um vínculo prorrogável, mas livremente denunciável por qualquer das partes, mediante aviso prévio de sessenta dias – art. 10º, n.º 2, b).

Em qualquer das formas subordinadas de trabalho em funções públicas, por força do preceito previsto no art. 47º da Constituição da República, o recrutamento padrão é o procedimento concursal publicitado – art. 33º, n.º 2 -, apesar de os contratos a termo resolutivo prosseguirem um *iter* mais simplificado – art. 56º, n.º 5.

O movimento de “privatização” do emprego público é especialmente visível na extensa regulamentação unitária pelo CT de matérias primordiais para a definição das condições de trabalho e para o estatuto individual e colectivo dos trabalhadores. É o caso da articulação das fontes de Direito do Trabalho, da protecção dos direitos de personalidade, do direito à igualdade e não discriminação, da tutela da parentalidade, da organização e tempo de trabalho, saúde e segurança, representação dos trabalhadores ou direito de greve – art. 4º.

A relação de emprego em funções públicas pode no seu curso de existência ser modificada ou sofrer vicissitudes que implicam alterações na sua configuração. Ora, para este efeito a lei prevê a cedência de interesse público – art. 241º - que é, sobretudo, relevante enquanto instrumento de mobilidade entre o sector público e privado. Nesta categoria de mecanismos modificativos podemos também incluir as licenças – arts. 280º - e a requalificação – art. 258º. Esta última é um processo complexo que, em teoria, se

inicia como um instituto de mobilidade e de realocação de trabalhadores de serviços ou órgãos extintos ou reestruturados. Durante a primeira fase, com a duração de doze meses, os trabalhadores têm direito a auferir 60% da sua remuneração e a entrar num programa de formação. Durante a segunda fase, a que só têm acesso trabalhadores nomeados, a compensação é de apenas 40% e, na terceira fase, se os trabalhadores não tiverem logrado obter recolocação noutra departamento ou serviço, a sua relação de emprego extingue-se – art. 311º.

Como resulta deste breve percurso pelos marcos distintivos do novo regime legal do trabalho em funções públicas, a única reforma reestruturante no ordenamento jurídico-laboral, as alterações aqui introduzidas conduziram não apenas a uma nova concepção dos vínculos contratuais como à sua assimilação flexibilizadora pelos padrões do Direito do Trabalho.