

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR
JORGE ROSENBAUM
COORDINADOR
FEDERICO ROSENBAUM

No. 2

Mayo-Agosto
2020

**LAS REFORMAS LABORALES EN ESPAÑA EN ARAS DE LA
FLEXIGURIDAD Y LAS QUE QUEDAN PENDIENTES PARA
RECUPERAR DERECHOS SOCIALES**

**LABOR REFORMS IN SPAIN FOR THE FLEXIGURITY AND
THOSE THAT ARE PENDING TO RECOVER SOCIAL RIGHTS**

Daniel TOSCANI GIMÉNEZ

Profesor Titular, Universidad de Valencia (España)

daniel.toscani@uv.es

Fecha de envío: 19/07/2020

Fecha de aceptación: 01/08/2020

LAS REFORMAS LABORALES EN ESPAÑA EN ARAS DE LA FLEXIGURIDAD Y LAS QUE QUEDAN PENDIENTES PARA RECUPERAR DERECHOS SOCIALES

Daniel TOSCANI GIMÉNEZ

Universidad de Valencia (España)

Resumen: En la actualidad, en algunos sectores se argumenta que el Derecho del Trabajo ha quedado, por así decirlo, desfasado, que es propio de otras épocas y siendo efectivamente necesario que establezca unos derechos mínimos, ya no es necesario que sea tan garante y tan rígido para regular las nuevas relaciones laborales. Hasta el punto que algunos detractores hablan de la rigidez del derecho del trabajo, esto es, que es poco sensible a las necesidades de adaptación de la empresa a las situaciones del mercado y la necesidad, en consecuencia, de flexibilizarlo, de tal modo que la empresa se pueda adaptar a las variaciones constantes del mercado moderno, pudiendo, por ejemplo, variar horarios, jornadas, funciones, número de trabajadores en función de las necesidades que experimente su actividad empresarial. Estas reivindicaciones se escuchan con más fuerza conforme nos asola cada crisis económica sucesiva en el tiempo, como panacea para recuperarse de la misma. Incluso se llega a decir que la supuesta rigidez del ordenamiento laboral es la causa de las crisis económicas que se sufren y, por lo tanto, con cada crisis que nos embiste, sea ya porque se crea que el derecho laboral es la causa exclusiva de las mismas o porque se alegue que es una de las causas, al menos, se vuelven a escuchar las voces de la necesidad de flexibilizar todavía más el derecho del trabajo. En todo caso, se propugna, al menos que esta flexibilización del Derecho Laboral se debe llevar a cabo procurando su compatibilidad con la seguridad en el empleo para los trabajadores, lo que se bautiza con el término de “Flexiguridad”. Pero, ¿en qué consiste esta flexibilización del Derecho del Trabajo, como se ha llevado a cabo en España y se ha compatibilizado realmente

con la seguridad en el empleo para el trabajador, se ha conseguido ese equilibrio?

Palabras clave: Reforma laboral - Flexiguridad - Flexibilidad externa - Flexibilidad interna - Flexibilidad en la salida - Contratación - Condiciones de trabajo - Cambio de condiciones de trabajo - Despido

Sumario: 1. Flexibilidad externa. 2. Flexibilidad interna. 3. Flexibilidad en la salida. 4. Conclusiones.

Abstract: At present, in some sectors it is argued that Labor Law has been, so to speak, outdated, that it is typical of other times and being effectively necessary to establish minimum rights, it is no longer necessary to be so guarantor and so rigid to regulate new labor relations. To the point that some detractors speak of the rigidity of labor law, that is, that it is not very sensitive to the needs of adaptation of the company to market situations and the need, consequently, to make it more flexible, so that the company can adapt to the constant variations of the modern market, being able, for example, to vary hours, hours, functions, number of workers depending on the needs of their business activity. These demands are heard more strongly as each successive economic crisis devastates us over time, as a panacea to recover from it. It even goes so far as to say that the supposed rigidity of the labor order is the cause of the economic crises that are suffered and, therefore, with each crisis that affects us, either because it is believed that labor law is the exclusive cause of themselves or because it is alleged that it is one of the causes, at least, the voices of the need to make labor law even more flexible are heard again. In any case, it is advocated, unless this flexibilization of Labor Law should be carried out trying to ensure its compatibility with job security for workers, which is baptized with the term "Flexi-security". But, what does this flexibilization of Labor Law consist of, as it has been carried out in Spain and has it really been made compatible with job security for the worker, has this balance been achieved?

Key words: Labor reform - Flexi-security - External flexibility - Internal flexibility - Flexibility in departure - Recruitment - Working conditions - Change in working conditions - Dismissal

Summary: 1. External flexibility. 2. Internal flexibility. 3. Exit flexibility. 4. Conclusions.

1. Flexibilidad externa

Flexibilidad externa o flexibilidad en la entrada, a saber, la libertad para contratar, desde una doble vertiente, esto es, tanto la libertad para contratar o no a trabajadores como la libertad de contratar, en su caso, a la persona concreta que el empresario quiera, así como la libertad de contratarle bajo distintas modalidades contractuales. En este sentido, el Derecho Laboral español es extremadamente flexible en la entrada. De este modo, en la empresa privada (no así en la pública, donde la empresa debe contratar respetando el procedimiento de selección establecido; oposiciones, concursos de méritos, bolsas de trabajo, etc.), salvo que se hubiera acordado lo contrario en el Convenio Colectivo correspondiente, lo cual no es lo habitual, el empresario tiene absoluta libertad para contratar, esto es, para contratar o no, por lo tanto para fijar el número de trabajadores en su plantilla (salvo algunas excepciones aisladas, como Empresas de Trabajo Temporal o Cooperativas y Sociedades Laborales, donde la normativa específica obliga a disponer de un número mínimo de trabajadores, como veremos), como para escoger el trabajador concreto que desea contratar. Así, no es necesario contratarlo a través de las Oficinas Públicas de Empleo, puede recurrir a Empresas de Trabajo Temporal o Agencias privadas de selección o colocación de trabajadores. Puede realizar proceso de selección o no, contratando directamente el trabajador que, en última instancia, quiera, sin necesidad de justificar su decisión; con el único límite de no llevar a cabo discriminaciones prohibidas por algunas de las razones del art. 14 de la CE o el art. 17 del ET.

Además, como ya hemos adelantado, la empresa dispone de una amplia gama de contratos laborales, como también veremos en detalle, indefinidos o fijos y un abanico de modalidades de contratos temporales, hasta el punto que se habla de contratación a la carta. En un primer momento no existían contratos temporales. Así, la empresa únicamente podía contratar a través de contratos indefinidos o fijos. No obstante, a partir de la década de los ochenta se introducen varias modalidades de contratación

temporal para que la empresa pueda cubrir, asimismo, sus necesidades reales de mano de obra temporal y para que se creasen puestos de trabajo.

Por lo tanto, estos contratos temporales en nuestro ordenamiento laboral, al menos en teoría, como veremos, son causales. Así, a diferencia de la normativa de otros países donde el empresario puede optar libremente entre realizar contratos indefinidos o contratos temporales para cubrir sus necesidades de mano de obra, en España, el empresario sólo puede acudir a la contratación temporal cuando exista una necesidad real de mano de obra temporal, esto es, cuando la actividad empresarial para la cual se quiera contratar a trabajadores sólo sea temporal y limitada en el tiempo. Si es una actividad empresarial continua permanente en el tiempo, que no finaliza en un momento determinado, sino que se repite todos los años, es necesario celebrar contratos indefinidos, como veremos.

No obstante, a pesar de mantenerse formalmente la preferencia por el empleo estable o los contratos indefinidos, se introduce una variedad excesiva de modalidades de contratación temporal, hasta el punto de ser calificado como una de las normativas más abiertas e incluso desreguladoras de las de Europa occidental. Lo que da lugar a hablar de una contratación a la carta, llegando algunos autores incluso a dudar de la exigencia de la causalidad como requisito de la contratación temporal. Ya que en la práctica, no hay un verdadero control de la causalidad., salvo en las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores. Ya que en estos casos, como veremos, hay que entregarles una copia básica del contrato, estipulando la modalidad de contrato y la causa real por la cual se celebra. De tal modo que los representantes pueden controlar si efectivamente hay causa real de necesidad de mano de obra temporal o en una contratación temporal fraudulenta. Pero debido al tejido empresarial español, constituido por empresas muy pequeñas, en la gran mayoría de las empresas simplemente no hay representantes legales de los trabajadores. Sólo en empresas de 10 o más trabajadores hay obligación de constituir representantes legales de los trabajadores. Pero esto sólo es el 12% de las empresas. Así, en el 88% de las empresas españolas, que son de menos de

10 trabajadores, simplemente no hay representantes legales de los trabajadores. Lo deberían denunciar los propios trabajadores, que en la práctica no lo hacen por el miedo a perder su trabajo y la Oficina Pública del Empleo tampoco lleva a cabo un control de la legalidad del contrato. Ya que, aun cuando existe la obligación de entregar una copia del contrato a los servicios públicos de empleo, estos se limitan a registrarlo a efectos estadísticos, pero no llevan a cabo un control real de la legalidad del contrato. Tampoco la Inspección de Trabajo, que debido a los pocos efectivos con los cuales cuenta, unos 800 inspectores, 1 por cada 24.000 trabajadores, en la práctica sólo actúa por denuncia o por inspecciones programadas a algunas pocas empresas de algunos sectores.

Esto se demuestra gráficamente si vemos el elevado índice de temporalidad que existe (la tercera parte del total de los trabajadores del mercado laboral tienen un contrato temporal. Porcentaje que, además, no hace más que aumentar todos los años, ya que aproximadamente de cada 100 contratos laborales que se realizan 10 son indefinidos y 90 temporal). Esta alta tasa de temporalidad, llamada también precariedad del mercado laboral, es también, en buena medida, debido a una alta tasa de fraude en la contratación temporal, estimándose que alrededor del 50% de los contratos temporales se celebran en fraude de ley, esto es, que no responden a necesidades reales de mano de obra temporal, sino que encubren actividades permanentes que deberían cubrirse con contratos indefinidos, pero que el empresario lo hace con contratos temporales que le ofrecen mayores ventajas.

Así, para empezar, el coste de poner fin a un contrato temporal es sensiblemente inferior, una indemnización de 12 días de salario, por año de servicio o la parte proporcional si se ha trabajado menos, que suele ser lo habitual en contratos temporales cuya media es de tres meses (así, un contrato que ha durado tres meses, tendría una indemnización únicamente de 4 días de salario de indemnización). Mientras que, como veremos, un contrato indefinido puede llegar a tener una indemnización de 33 días de

salario, por año trabajado o la parte proporcional, en caso de que se haya trabajado menos de un año. Sensiblemente mayor.

También, en la práctica, es más fácil explotar, por así decirlo, a un trabajador, que está con un contrato temporal, pendiente de su renovación (lo típico, pues si te portas bien, te renovamos el contrato si no) que un trabajador con un contrato indefinido que puede permitirse ser más reivindicativo.

De este modo, lo que en realidad son actividades normales y permanentes de las empresas, no obstante se cubren, en gran medida y de forma habitual, por trabajadores con contratos temporales.

Además, esta excesiva temporalidad introducida en el mercado laboral no tiende, como era su finalidad, hacia la creación o al menos el reparto del empleo, sino más bien hacia la sustitución de los trabajadores fijos de plantilla por trabajadores temporales. De tal manera que, como hemos dicho, cada vez hay más trabajadores temporales y mayor precariedad, facilitada por la diversidad de contratos y los contornos a veces difusos entre unos y otros, así como la excesiva permisividad de la jurisprudencia en la utilización de ciertas modalidades, como el de obra y servicio, todo lo cual hace extraordinariamente difícil la aplicación del fraude de ley.

La anterior circunstancia ha llevado a que algunos autores hayan apuntado hacia un notable e incluso insalvable proceso de fragmentación del ordenamiento laboral. Así, hay disfuncionalidades que, por otro lado, son inevitables, si no se adoptan medidas correctoras, en un sistema diseñado alrededor de una relación laboral estable e indefinida, todavía hoy, al menos formalmente, considerada como típica. Así, por ejemplo, la imposibilidad práctica de ejercer la mayoría de los denominados derechos colectivos, que requieren del principio de estabilidad en el empleo, supuestos de excedencias de larga duración o algo tan simple como las vacaciones anuales, sin tener que conformarse con una mera compensación económica de las mismas. Por no mencionar las excesivas dificultades que experimenta

el colectivo de trabajadores precarios para poder acceder a una protección social digna.

De tal forma que, en consecuencia, se crea un binomio que literalmente coloca una espada de Damocles sobre las cabezas de estos trabajadores, que les impide de facto reivindicar derechos legítimos, por temor a represalias empresariales.

Además, se normaliza esta situación y se habla de la costumbre de la precariedad, no sólo en el empresario, como sería evidente, sino también en el propio trabajador, que se habitúa a una rotación excesiva, interioriza la temporalidad como algo “natural”, alternando periodos de trabajo con periodos de desempleo. Los efectos negativos de una excesiva precarización no sólo perjudican, sin embargo, a los trabajadores, sino que también a los propios empresarios. En efecto, las altas tasas de rotación de trabajadores provocan una falta de profesionalidad y de mano de obra especializada, lo cual impide la identificación del trabajador con la propia empresa, desincentivando su interés en la marcha de la misma. Pero también se perjudica el sistema de protección social. El alto índice de rotación injustificado de los trabajadores, por un lado, produce efectos negativos en el propio equilibrio financiero de la prestación por desempleo y por otro, incrementa el gasto en prestaciones de asistencia sanitaria, incapacidad temporal y permanente, provocado por el aumento en las cotas de siniestralidad laboral.

La dualidad entre trabajadores fijos y temporales constituye el problema estructural más grave de nuestro mercado de trabajo”. La contratación temporal la fórmula mayoritariamente utilizada por las empresas españolas para obtener flexibilidad. De hecho, el recurso excesivo a la temporalidad ha impregnado nuestro sistema de tal forma que ha remplazado la utilización normalizada de múltiples instituciones laborales tales como los períodos de prueba al inicio de las contrataciones indefinidas, la contratación a tiempo parcial, los contratos formativos o las medidas de flexibilidad interna (cambio de funciones, de condiciones laborales como salario o jornada, etc., de forma temporal para superar supuestos de crisis)

que, como es fácilmente constatable, son empleadas en nuestro país de forma significativamente más reducida que en los países de nuestro entorno europeo.

Sin embargo, las medidas adoptadas desde hace años para corregir esta disfunción de nuestro mercado de trabajo, principalmente el fomento de la contratación indefinida basado en subvenciones y la reducción de las cotizaciones sociales, han resultado ineficaces, pues cuando se han agotado las bonificaciones, por regla general, las empresas han puesto fin a los contratos, formalmente indefinidos, llevando a contratos indefinidos “de corta” y de “larga” duración, esto es, contratos indefinidos de verdad, donde los trabajadores están protegidos frente al despido y, por lo tanto, frente a una posible arbitrariedad empresarial por una elevada indemnización por despido y contratos indefinidos meramente formales ya que, pese a llamarse contratos indefinidos, el coste del despido es más barato y se asemeja al de un contrato temporal. Lo cual genera un nuevo dualismo, bajo la apariencia formal de contratos indefinidos, existente, no obstante, contratos formalmente indefinidos (en realidad contratos temporales con menos coste de despido) y contratos indefinidos de verdad.

Por ello se ha hablado como solución, crear el contrato único indefinido, esto es, poner fin a la contratación a la carta, contratación temporal y contratos indefinidos y que el empresario no pueda escoger entre distintos contratos a la hora de contratar a un trabajador, sino que sólo existe una única modalidad de contrato laboral bajo el cual se pueda contratar. Ahora bien, obviamente, la “quid” de la cuestión radica, de nuevo, en el coste del despido, en la cuantía de la indemnización que deba pagar el empresario. En efecto, si este contrato único tuviera un coste del despido elevado 33 días, por ejemplo, ofrecería una verdadera protección para el trabajador frente a un despido arbitrario del empresario y sería un contrato indefinido de verdad. Sin embargo, si se le fijara un despido bajo, 12 días, por ejemplo, no dejaría de ser formalmente asumible despedir al trabajador como ahora se hace a través de los contratos temporales y sólo sería un contrato indefinido sobre el papel. Por ello, los empresarios pedían un contrato único

con un despido bajo e incluso no tener que pagar indemnización alguna durante los primeros años de la contratación. De este modo, como en la actualidad realmente el coste medio del despido que se paga son unos 20 días por año de servicio, como veremos, debido a la generalización de los despidos objetivos, lo razonable sería establecer un contrato único con una indemnización intermedia, probablemente en torno a unos 25 días de salario por año de servicio. También se ha dicho que debería ser progresiva, esto es ninguna o poca indemnización los primeros meses o años del contrato y luego paulatinamente va aumentando hasta llegar a la indemnización máxima. Sin embargo, a nadie se le escapa que, de ser así, el empresario podría ir despidiendo trabajadores antes de llegar a la antigüedad en la empresa para tener derecho a la indemnización máxima y sustituyéndolos por nuevos que todavía no tengan indemnización, creando así otra dualidad. En la práctica, esto ya se ha hecho, aunque sea indirectamente.

En efecto, aunque finalmente, con las reformas de 2012, no se ha optado formalmente por el contrato único, ya que se mantienen los contratos indefinidos y temporales, pero se ha creado una modalidad contractual que, en la práctica, pretende fomentar la contratación indefinida, a saber, el llamado contrato para emprendedores que también fomenta la contratación indefinida a través de deducciones fiscales y bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social. Con el agravante añadido, sin embargo que ahora, recogiendo en parte las peticiones empresariales, finalmente, sí que se prevé la posibilidad de libre desistimiento durante el primer año de los trabajadores jóvenes que se articula a través de la posibilidad de tener a estos trabajadores hasta un año en periodo de prueba con este contrato, pudiendo poner fin a la relación laboral, el empresario, en cualquier momento sin indemnización. Parece más bien que esto podría llevar de nuevo a contratos indefinidos “de corta” y de “larga” duración generando un nuevo dualismo, un despido libre y barato y una falta absoluta de control judicial de la extinción y del encadenamiento de contratos que se van extinguiendo y celebrando de nuevo, ya que ni se prohíbe la sustitución por otro de igual

naturaleza con otro trabajador a su conclusión, ni se exige que con el mismo se produzca una creación neta de empleo.

Podría desnaturalizar la figura del periodo de prueba, dado el criterio restrictivo del Tribunal Supremo en la aceptación de una duración del periodo de prueba que guarde poca relación con el necesario conocimiento profesional por parte de ambos sujetos de la relación laboral, hasta el extremo de que provoca dudas respecto de su compatibilidad con la exigencia constitucional de causalidad de la extinción contractual. En efecto, parece que más bien estamos ante un nuevo contrato temporal sin causa de un año de duración, que incrementa la dualidad en el mercado de trabajo, e introduce una submodalidad de despido respecto a los hasta ahora existentes, el despido sin causa y sin indemnización, lo que conlleva la desprotección total del trabajador frente al poder empresarial. Sólo superado el primer año de duración del contrato se estará ante un verdadero contrato indefinido.

Tampoco se incide sobre la contratación temporal fraudulenta de una forma real y eficaz, pues es cierto que la prohibición de encadenamiento de contratos temporales prevista en el artículo 15.5 de la LET se vuelve a aplicar tras 31 de diciembre de 2012. De tal forma que ahora no es posible ir contratando en el tiempo a trabajadores con sucesivos contratos temporales de obra y eventuales durante más de 24 meses en un periodo de 30 meses.

Sin embargo, si bien a partir de dicha fecha vuelve a entrar en vigor, a nadie se le escapa las posibilidades, relativamente sencillas, de evitar la aplicación del mismo: rotación en el mismo puesto con dos o más trabajadores distintos, o con las modalidades de contratación exentas, interinidad, etc. Por no mencionar la posibilidad de rodear esta norma a través de la externalización de la mano de obra y, muy especialmente la subcontratación.

Mientras el coste del utilizar estos contratos temporales sea para el empresario menor, no dejará de utilizarlos frente a la contratación indefinida. Por ello, si se mantienen los contratos temporales sólo se puede cesar la utilización fraudulenta, elevando el coste de su utilización, para que no le sea

tan rentable al empresa, elevando las cotizaciones a la Seguridad Social de estos contratos y el coste por finalización del contrato, equiparándola al del despido de los contratos indefinidos y controlando que realmente se acude a ellos por necesidades reales de mano de obra temporal y no encubriendo actividades permanentes.

Otra posibilidad sería precisamente que la contratación temporal dejase de ser causal, esto es, que no fuera necesario tener una causa para recurrir a la misma y como ocurre en otros países, se condicione cuantitativamente y no cualitativamente la contratación temporal, estableciendo un número máximo de trabajadores que puede tener la empresa con contratos temporales, en función del número total de trabajadores que tenga en plantilla. Así, por ejemplo, empresas de menos de 100 trabajadores, 15% máximo de trabajadores con contratos temporales.

Pero lo que no se puede hacer, obviamente, es tener una contratación temporal causal y luego en la práctica no controlar la causalidad real de esa contratación temporal, pues esto nos llevan a tasas desorbitadas de temporalidad, como hemos dicho, de cada 100 contratos nuevos que se celebran 10 son indefinidos y 90 temporales. ¿Hay tanta necesidad real de mano de obra temporal? Evidentemente no, la gran mayoría es fraudulenta, pero no se controla.

Otro punto ha sido la exclusión de grandes colectivos de la aplicación de los derechos del Estatuto de los Trabajadores y de los convenios colectivos aplicables. Las reducciones de derechos directas son muy peligrosas, pero las indirectas más todavía, porque sin tocar derecho ni condiciones laborales directamente, se les deja de aplicar a grandes colectivos de trabajadores porque se les saca de su ámbito de aplicación. Como se hizo con los la figura del **trabajador autónomo económicamente dependiente regulado por el Estatuto del Autónomo aprobado por la ley 20/2007, de 11 de julio**. (El TRADE). El TRADE es aquel supuesto autónomo, que sólo trabaja para una empresa o si trabaja para más, percibe al menos el 75% de sus ingresos exclusivamente de una de esas empresas y no tiene contratados trabajadores por cuenta ajena. Antes de la reforma

estos trabajadores eran por cuenta ajena y se les aplicaba el ET y los convenios. Ahora se les aplican derechos muy inferiores específicos. ¿Qué autónomo es este que sólo trabaja para un cliente? ¿No es una excusa para aplica condiciones de trabajo inferiores. Lo mismo se quiere hacer ahora con los repartidores de comida de las grandes plataformas. Se habla de autónomos digitales. ¿Con qué fin? Para aplicar condiciones de trabajo inferiores, por eso no se puede permitir. Los repartidores de las plataformas son trabajadores por cuenta ajena y se les debe aplica los derechos del ET y del Convenio, no unos inferiores, con la excusa de que la forma de trabajar es especial y requiere de un regulación específica. ¿La forma de trabajar es especial, si están prestando servicio del siglo 19, lo que será distinto es la forma de contratar a través de las grandes plataforma o APPs, pero esto no justifica que los trabajadores deban tener unas condiciones de trabajo inferiores. Son trabajadores por cuenta ajena, que no se hacen publicidad a sí mismo, que la empresa les deriva los clientes y no cobran de los clientes, sino de la empresa.

2. Flexibilidad interna

A continuación se puede hablar de una flexibilidad interna, esto es para las facilidades que pueda tener la empresa para adaptarse a las exigencias del mercado y de la demanda. Así, poder reducir horas de trabajo cuando no haya tanta demanda a través de reducciones de la jornada de los trabajadores o suspensiones de los contratos (lo que se ha llamado también como EREs temporales), cambio de funciones de los trabajadores, que se les cambie el cometido para el cual fueron contratados inicialmente, así como de localidad y en última instancia, modificación de las condiciones de trabajo, por ejemplo, reducción de salarios, etc. Todo ello, con la supuesta finalidad de evitar que el ajuste a la demanda se haga por la vía de la flexibilidad externa, esto es a través de despidos. Por lo tanto, la se sacrifican derechos, pero para mantener los empleos y evitar despidos.

En este sentido, con las últimas reformas se amplían extraordinariamente las facultades empresariales para llevar a cabo una movilidad funcional o geográfica o modificación de condiciones de trabajo. Así, desaparece la clasificación profesional por categorías y se realiza ahora exclusivamente por grupos. De tal modo que, los grupos ya no podrán incluir en su estructura diversas categorías profesionales, sino únicamente distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades. La finalidad, obviamente, es la de ampliar las facultades unilaterales de la empresa para cambiar unilateralmente las funciones del trabajador.

La exigencia de causalidad se flexibiliza para la asignación de funciones inferiores, ya que se elimina la justificación por razones perentorias o imprevisibles de la actividad laboral.

Además, en la nueva redacción del art. 39, tras la reforma laboral de 2012, se elimina la referencia a los derechos profesionales del trabajador como límite, asimismo, a la movilidad funcional. Así, el trabajador no puede ya rescindir el contrato con derecho a indemnización, por vulnerar el cambio de funciones sus derechos profesionales.

Se produce un cambio significativo en la concurrencia de causas que permitan adoptar al empleador una decisión de modificación de condiciones de trabajo, desapareciendo la concreción de la existencia cuando las medidas pudieran contribuir a mejorar la situación de la empresa mediante la mejor utilización de sus recursos humanos, refiriéndose ahora, forma genérica, a razones “que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. De tal forma que las causas son ahora todavía más ambiguas, si cabe, que antes y se desdibuja sustancialmente la exigencia de causalidad, quedando prácticamente su incumplimiento reducido a órdenes discriminatorias o que vulneren derechos fundamentales, lo cual da todavía más margen de maniobra a la empresa, quedando todo en manos de un posterior control judicial si el trabajador finalmente demanda.

Además, en el concreto supuesto de modificación de condiciones de trabajo acordadas en convenio colectivo estatutario, se viene a objetivizar y

cuantificar la concurrencia de causa económica, entendiendo por tal, en última instancia, la disminución persistente de ingresos “o” ventas, una u otra no de forma acumulativa “durante dos trimestre consecutivos”. De tal forma que, pese a tener beneficios, si estos han disminuido durante dos trimestres consecutivos ya se puede llevar a cabo el descuelgue. Condición en la que se encuentran actualmente más del 85% de las empresas.

En consecuencia, se podrá llevar a cabo la modificación por esta causa con independencia del impacto que esta reducción de ventas haya producido en la situación económico-financiera de la empresa, y en su capacidad para mantener el volumen de empleo. No tienen que implicar pérdidas para la empresa, no tienen que suponer ningún riesgo para su continuidad hacia el futuro y ni tan siquiera han de comprometer sus disponibilidades financieras como para hacer inviable para la misma el mantenimiento del conjunto de los puestos de trabajo. Así, es posible que ahora puedan modificar condiciones de trabajo por causas económicas empresas en una situación económica saneada, sin ningún atisbo de riesgo previsible sobre su continuidad o sobre su capacidad de mantener su actual volumen de empleo.

De este modo, se eliminan los juicios de razonabilidad y proporcionalidad. En consecuencia, el control judicial queda reducido a verificar que la causa alegada esté relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa y no a que la medida adoptada sea una de las posibles para contribuir a mejorar la situación de la empresa como venía exigiéndose hasta ahora.

Se reducen las posibilidades de rescindir el contrato de trabajo por causa de tales modificaciones al amparo del art. 50 ET (esto es, con indemnización equivalente al despido improcedente). Así, ya sólo cabe instar tal rescisión si la modificación sustancial se realiza sin seguir los trámites del art. 41 ET y con menoscabo de la dignidad del trabajador. Antes de la reforma, cabía instar tal rescisión ante una modificación sustancial aplicada conforme a los trámites legales, si de ella derivaba un perjuicio a la formación profesional. De tal modo que ahora, además de eliminar el supuesto de

perjuicio de la formación profesional, se elimina, asimismo, la facultad rescisoria indemnizada, cuando la modificación perjudique la dignidad del trabajador, a pesar de ser conforme al art. 41, supuesto que, con la antigua redacción, era posible. De este modo, de forma no sólo injustificada, sino incluso podría argumentarse inconstitucional, se prima las facultades de dirección y organización empresarial frente a derechos fundamentales del trabajador.

Se produce la desaparición de la intervención de la autoridad administrativa laboral autorizando el expediente de suspensión o reducción de jornada. Así, ya no es necesario tramitar un ERE para suspender el contrato o para reducir la jornada de trabajo.

No obstante, lo más importante sin duda en este apartado es las modificaciones introducidas en la negociación colectiva. En efecto, aun cuando el Estatuto de los trabajadores (ET) es la norma laboral común más importante, no deja de ser una norma de derechos mínimos que, pueden y han sido mejorados en los convenios colectivos. De tal forma que en la actualidad, los verdaderos derechos de los trabajadores se encuentran en los convenios colectivos. La mayoría mejorados respecto a los que establece el ET y algunos regulados exclusivamente en los convenios ya que el estatuto no los establece, como puede ser, por ejemplo, la cuantía de los salarios. Existen convenios colectivos de varios ámbitos, Estatales, Autonómicos, provinciales y de empresa. Hasta ahora, los inferiores siempre debían respetar lo que establecían los superiores, negociados con las organizaciones sindicales. De tal modo que un empresario no podía negociar un convenio colectivo de su empresa, reduciendo los derechos que se habían fijado en los convenios de ámbito superior.

No obstante, ahora con las reformas, el nuevo artículo 84.2 ET concede prioridad aplicativa al convenio de empresa respecto de los de ámbito superior en una amplia serie de materias: salario base y complementos, horas extraordinarias, régimen y retribución del trabajo a turnos, horario y distribución del tiempo de trabajo, adaptación del sistema

de clasificación profesional y de modalidades de contratación, medidas de conciliación y demás materias previstas en los acuerdos interprofesionales.

Es verdad, que las pequeñas empresas, la gran mayoría en España, tienen enormes dificultades para aplicar las condiciones que se negocian en los convenios colectivos supra empresariales, pero no parece que la fijación de tales condiciones en convenios de empresa sea la mejor solución para adaptar las condiciones de trabajo a la realidad de la pequeña empresa. En efecto, en las pequeñas empresas no suele haber representación sindical y por lo tanto los convenios se negociarán con representantes unitarios no sindicales que, muchas veces, no son plenamente independientes con respecto a la empresa, con el riesgo que ello entraña, de que la empresa acabe imponiendo unilateralmente las condiciones de trabajo más importantes. Por ello, probablemente, hubiera sido más aconsejable establecer unas condiciones mínimas legales específicas diferentes para la pequeña empresa, pero por Ley para garantizar dicho derecho para los trabajadores en la pequeña empresa. Mientras que las grandes empresas deberían venir obligadas a cumplir las condiciones establecidas en los convenios supra empresariales y no tener la facultad de establecer condiciones laborales inferiores en sus empresas que, por su tamaño, no tienen las dificultades que encuentran las pequeñas empresas para aplicar dichas condiciones (por ejemplo, no es lo mismo que un autónomo que tenga una pequeña tienda con un empleado, deba pagarle los 1.500 euros al mes que le fija el convenio colectivo supra empresarial de su sector, además de la Seguridad Social, que lo deba hacer una multinacional).

Asimismo, se articula la posibilidad de no aplicar el convenio colectivo de referencia, sea el de la propia empresa o bien de ámbito superior en un amplio número de materias: jornada de trabajo; 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.

Es verdad que se sigue exigiendo para ello la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, apreciada según los

mismos criterios establecidos para el despido objetivo. Sin embargo, se viene a objetivizar y cuantificar la concurrencia de causa económica, entendiéndose por tal, en última instancia, la disminución persistente de ingresos “o” ventas, una u otra no de forma acumulativa “durante dos trimestres consecutivos”. De tal forma que, pese a tener beneficios, si estos han disminuido durante dos trimestres consecutivos ya se puede llevar a cabo el descuelgue. Condición en la que se encuentran actualmente más del 85% de las empresas.

Se requiere una negociación con los representantes legales de los trabajadores. Sin embargo, en las empresas en las que no exista representación legal de los mismos (en la gran mayoría de las empresas pequeñas que suponen el 80% del tejido empresarial español), éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente. Con el agravante ahora que se permite, por tanto, modificar condiciones laborales acordadas en convenio colectivo estatutario a través de acuerdos con los propios trabajadores constituidos en comisiones “ad hoc”, lo que encubre “de facto” un pacto individual con cada trabajador o plural.

Desaparece, aunque de forma limitada por la amplitud del plazo de duración, la llamada “ultraactividad” del convenio. En efecto, las partes tienen ahora un máximo de un año para llegar a un nuevo acuerdo desde la denuncia del convenio colectivo que fuere de aplicación, y transcurrido ese plazo sin acuerdo o decisión arbitral que lo sustituya perderá su vigencia “y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que sea de aplicación”. Sin embargo, si no hay convenio colectivo superior, se aplicará la normativa laboral común, mínima, el ET, que en materia de salario, por ejemplo, sólo garantiza el SMI. Si bien, ahora, como veremos en el apartado de convenios colectivos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014, aboga por la contractualización de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo que expira. Esto es, se siguen aplicando las condiciones de trabajo mejoradas en el convenio

colectivo, a pesar de que haya expirado su vigencia, porque pasan al contrato de trabajo de los trabajadores. Salvo que haya un convenio de ámbito superior (STS de 5 de junio de 2018).

3. Flexibilidad en la salida

Finalmente, hablamos de una flexibilidad en la salida, esto es, la facilidad con la cual una empresa puede despedir a un trabajador y el coste que dicho despido supone, en términos económicos, para la empresa. A tal respecto hay que destacar, en primer lugar que, frente al más conocido despido disciplinario, esto es, el despido por incumplimientos graves y culpables del trabajador de sus obligaciones laborales, se encuentran también las denominadas como causas objetivas de despido. Estas, a diferencia de las primeras, son causas en las cuales el trabajador no tiene culpa alguna, es decir, el trabajador no ha incumplido obligación laboral alguna, sino son supuestos en los cuales, la normativa establece la posibilidad de despedir por causas sobrevenidas, siendo la más conocida, las causas económicas.

En el despido disciplinario, si se prueba el incumplimiento del trabajador, la empresa no debe abonar indemnización alguna, ya que el despido será procedente. De no probarse dicho incumplimiento, pueden ocurrir dos cosas diferentes. La primera que en el despido se hayan vulnerado derechos fundamentales o que el mismo haya sido discriminatorio, en cuyo caso, el despido se declarará nulo, que conlleva la obligación de la empresa a readmitir el trabajador en las mismas condiciones que antes del despido y abonar los salarios de tramitación. La segunda, que no se hayan vulnerado derechos fundamentales y que no sea discriminatorio, pero que no se haya probado el incumplimiento del trabajador. En este caso, entonces, la empresa puede optar entre readmitir con el abono de los salarios de tramitación o despedir. Sin embargo, para poder despedir al trabajador debe pagar una indemnización de 33 días de salario por año de antigüedad, al ser el despido improcedente. Mientras que en los despidos

objetivos, si la causa se prueba la empresa podrá despedir pero debe pagar en todo caso una indemnización de 20 días de salario por año de antigüedad que tenga el trabajador en la empresa.

En este segundo supuesto, ahora tras la reformas de 2012, se profundiza en la flexibilización de las facultades empresariales y se procede a una nueva regulación del despido económico.

Se suprime la anterior exigencia causal para las empresas de que las situaciones económicas negativas pudieran afectar a su viabilidad o capacidad para mantener el empleo, y de que se justifique "la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa o a mejorar su situación, pretendiéndose reducir el margen de apreciación judicial. De este modo, se eliminan los juicios de razonabilidad y proporcionalidad. En consecuencia, el control judicial queda reducido a verificar que la causa alegada esté relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa y no a que la medida adoptada sea una de las posibles para contribuir a mejorar la situación de la empresa como venía exigiéndose hasta ahora.

Ahora, la extinción de los contratos de trabajo se vincula a la exigencia de que durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre sea inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior, con independencia del impacto que esta reducción de ventas haya producido en su situación económico-financiera, y en su capacidad para mantener el volumen de empleo. No tienen que implicar pérdidas para la empresa, no tienen que suponer ningún riesgo para su continuidad hacia el futuro y ni tan siquiera han de comprometer sus disponibilidades financieras como para hacer inviable para la misma el mantenimiento del conjunto de los puestos de trabajo. Así, es posible que ahora puedan acudir a la figura del despido colectivo por causas económicas empresas en una situación económica saneada, sin ningún atisbo de riesgo previsible sobre su continuidad o sobre su capacidad de mantener su actual volumen de empleo.

Con lo cual, al haberse objetivizado la concurrencia de esta causa en la reducción de ventas o ingresos durante tres trimestres consecutivos, situación que cumple el 85% de las empresas en estos momentos, los jueces no van a tener más remedio que considerar legal el despido.

Finalmente se opta por la supresión de la autorización administrativa, esto es de un ERE (Expediente de Regulación de Empleo), que era necesario antes cuando el número de trabajadores despedidos superaban los umbrales marcados en la Ley, lo que se denomina como despidos colectivos. En estos casos no se podía despedir sin la previa autorización de las autoridades laborales. Ahora ya no hay que acudir a dicha autorización previa, habiendo sólo una revisión judicial posterior y, en todo caso, si los trabajadores demandan en vía judicial. Con lo cual se facilita el despido en estos casos.

En el primer supuesto, de despidos disciplinarios, la indemnización para los nuevos contratos, en caso de despido declarado improcedente, se fija en 33 días de salario/año y un máximo de 24 mensualidades, es decir (no conviene olvidarlo ciertamente) la que ya existía para el contrato de fomento de la contratación indefinida. Para los contratos ya existentes se prevé un doble régimen de cuantía por año, 45 días para el período anterior a la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 (12, de febrero de 2012) y 33 días para el resto. Además, en cualquier caso el importe no podrá ser superior a 24 mensualidades.

Así, pongamos por ejemplo, un trabajador con una antigüedad de 10 años y con un sueldo de 20.000 euros anuales. Ahora la indemnización máxima será aproximadamente de 1.833,15 euros (correspondiente a 33 días de trabajo) multiplicado por 10, que son los años trabajados. 18.331,50 euros, frente a los 24.997,50 euros que hubiera cobrado con 45 días de indemnización.

Otro ejemplo, para los contratos ya existentes, pongamos un trabajador con una antigüedad de 10 años antes del 12 de febrero de 2012, fecha de entrada en vigor de la norma y que le despiden 10 años después, con un sueldo de 20.000 euros anuales: se calcularía en dos tramos su

indemnización: el primero, equivalente a diez años con 45 días de indemnización (24.997,50 euros) y el último, posterior a la entrada en vigor de la reforma, equivalente a diez años con 33 días de indemnización (18.331,50 euros). Siendo el montante final de su indemnización la suma de ambas cantidades: 43.329 euros. No obstante, asimismo, se aplicaría el nuevo tope máximo de 24 mensualidades, de tal forma que la indemnización se quedaría en: 40.000 euros.

Por tanto, los trabajadores que ya tuvieran 16 años de antigüedad al día 12 de febrero de 2012, ya han alcanzado los 24 meses de tope de indemnización, y el nuevo período de trabajo a partir de ahora ya no genera derechos en caso de despido improcedente, lo que hace que su indemnización quede congelada. Con la legislación anterior, el tope se alcanzaba con 28 años.

Para evitar esto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014, establece que si con fecha 12 de febrero de 2012 (la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012), el trabajador ya ha generado derecho al nuevo tope de indemnización, 24 meses, en ese caso, se seguirá aplicando el antiguo tope de 42 meses. Así, por ejemplo, trabajador que gana 20.000 euros anuales y tuviera 16 años de antigüedad antes del 12 de febrero de 2012 y 4 años de antigüedad después de la reforma, tendría ya derecho a 40.000 euros, el tope máximo (24 meses) sólo con la antigüedad previa a la entrada en vigor de la reforma. De tal modo que no le servirían los cuatro años trabajados posteriormente (7,332, 60 euros que perdería). Por eso la Sentencia del Tribunal Supremo, en ese caso, establece que se aplicará el antiguo tope de 42 mensualidades. Así en este caso, hasta 70.000 y ya podría percibir por tanto los 47,332, 60 euros.

La reducción de la indemnización va acompañada ahora de la modificación relativa al abono de los salarios de tramitación (los salarios que debería haber percibido el trabajador desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia declarando el despido improcedente), a los que el trabajador tendrá derecho sólo si la empresa opta por la readmisión, no si opta por la extinción con indemnización (salvo el supuesto de los

representantes de los trabajadores, que tienen la opción de elegir, que recibirán los salarios de tramitación tanto en caso de readmisión como de extinción del contrato con indemnización). Con lo cual se abarata más todavía el coste del despido.

Se suprime el trámite de reconocimiento de improcedencia y depósito de la indemnización (despido exprés), estipulándose simplemente que "el abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo".

Por lo tanto, ahora, al no poder reconocer la improcedencia del despido la empresa, poniendo a disposición del trabajador la indemnización legal, el coloquialmente denominada despido exprés dará paso a lo que podríamos llamar como despido exprés objetivo o económico. Esto es, los despidos, a partir de ahora, se canalizarán a través de los despidos objetivos, poniendo la empresa a disposición del trabajador la indemnización de 20 días, con el tope de 12 mensualidades, en todo caso, con un posterior control judicial, sólo si el trabajador recurre el despido en vía judicial. Sin el peligro, como venía ocurriendo hasta ahora, como hemos visto, de que si el juez declara improcedente el despido, el empresario tenga que pagar junto con la indemnización, los salarios de tramitación, que ahora precisamente se eliminan en este caso.

La modificación relativa al abono de los salarios de tramitación, es en última instancia una reducción más del coste del despido, pues como hemos señalado, aunque en la práctica tales salarios se habían eliminado si el empresario ponía a disposición del trabajador la indemnización legal por despido improcedente dentro de las 48 horas siguientes al despido, como establecía el art. 56.2 del ET. No obstante, el trabajador, podía obtener el abono de tales salarios, además de si reclamaba contra el despido por considerarlo nulo y el juez le daba la razón, declarando la obligación de reingreso en el trabajo con el abono de estos salarios, asimismo, cuando no estaba conforme con la cuantía de la indemnización puesta a su disposición. En cuyo caso, si el juez le daba la razón, la empresa, además de abonar la

diferencia de la cuantía de la indemnización, debía proceder al pago de los referidos salarios de tramitación.

Ahora, se mantiene el abono de los salarios de tramitación en los supuestos de declaración de nulidad, pero en los supuestos de declaración de improcedencia, sólo se pagarán si la empresa opta por la readmisión. De tal forma que, si la empresa opta por la extinción, sólo tendrá que abonar, en su caso, la diferencia de la cuantía de la indemnización (por ejemplo con los 20 días que será lo más habitual que ahora se pague para despedir, como hemos destacado). Lo cual además, en la mayoría de los casos, tendrá un cierto efecto de fomento de la opción de la extinción del contrato, frente a la readmisión, en términos estrictamente económicos, ya que la empresa se ahorra los salarios de tramitación. Los cuales, aunque pueda parecer lo contrario, no es un tema baladí en la cuantía del coste del despido, por dos razones fundamentales.

En efecto, en primer lugar, porque para un trabajador con muchos años de antigüedad en la empresa, el factor que más encarecerá el despido será efectivamente la propia indemnización de 45 días de salario multiplicados por esos años de antigüedad. Sin embargo, en la actualidad, con un mercado laboral que tiene la tasa de temporalidad más alta de toda Europa (32,5%, 90 de cada 100 contratos celebrados son temporales), es fácilmente observable que los salarios de tramitación ya no tienen un interés menor en términos cuantitativos, pues en un mercado laboral donde la duración media de los contratos temporales apenas llega a los tres meses, en la mayoría de las ocasiones la cuantía de estos últimos superará con creces la de la propia indemnización, en aquellos supuestos en que el trabajador con contrato temporal demanda en vía judicial y obtiene una calificación del despido de improcedente.

En segundo lugar, porque junto con el pago de los salarios de tramitación, el empresario debe abonar las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes al periodo de dichos salarios. De tal forma que, en este sentido, el despido se ve abaratado por partida doble. Por un lado por

la cuantía de los salarios que se dejan de abonar y, por el otro, por la cuantía de las cotizaciones sociales que se dejan de ingresar.

En cualquier caso, en el supuesto de los representantes de los trabajadores, tienen la opción de elegir, que recibirán los salarios de tramitación tanto en caso de readmisión como de extinción del contrato con indemnización. Lo cual no parece que tengan justificación alguna, pues aun cuando desde la función que representan tiene mucho sentido que puedan optar entre readmisión o extinción, no se puede justificar en dichas funciones, la opción por poder acumular salarios de tramitación con la cuantía de la indemnización cuando haya optado el mismo por la extinción del contrato.

Cabe recordar ahora que se trata de la misma medida que fue declarada contraria a la Constitución por parte del Tribunal Constitucional ya en la reforma del año 2002, precisamente por entender que una regulación de este alcance no podía ser objeto de tratamiento a través de la figura excepcional del Real Decreto ley.

Basta con reiterar los argumentos que ya se expresaron en relación con el citado RDL del año 2002, para poder evaluar sus defectos. Implica una rebaja sustancial del coste del despido injustificado, que tiene particular relevancia proporcional en relación con los trabajadores de menor antigüedad, así como de los trabajadores sujetos a contrato temporal respecto de los cuales se declare que el mismo es fraudulento, pues para estos colectivos, como hemos visto, el importe de los salarios de tramitación expresa la mayor parte de la indemnización por despido improcedente. Si bien ahora se ratifica por la Ley 3/2012.

A favor de una reducción del coste del despido se argumenta que el elevado coste actual es la razón del alto porcentaje de contratos temporales que se mantiene en España así como la explicación de la alta tasa de paro. En este sentido se mantiene que la actual regulación del despido constituye un factor que dificulta la competitividad de nuestras empresas en relación con el resto de Europa y también que el coste del despido es un elemento

disuasorio para que los empresarios contraten a nuevos trabajadores con contratos indefinidos.

En contra, se afirma que si el despido fuera más barato habría todavía más despidos, incrementándose el paro en lugar del empleo. Además, al recibir una indemnización menor los trabajadores despedidos se encontrarían económicamente más indefensos ante un previsible alargamiento de su situación de parados.

4. Conclusiones

Es evidente que se trata de buscar un equilibrio entre los derechos de los trabajadores y las demandas empresariales de flexibilidad, pero parece más bien que con estas reformas de 2012 se ha roto dicho equilibrio y se ha inclinado la balance finalmente a favor de la empresa, olvidándose de la finalidad del Derecho Laboral que es, como hemos visto, la de proteger la parte más débil dentro de la relación laboral y optando por ver al Derecho del Trabajo como algo obsoleto que pone trabas a la actividad empresarial y debe recortarse, porque ni siquiera se ha condicionado las facultades de despido a la necesario y previa utilización de los instrumentos de flexibilidad interna. Es decir, para despedir no es necesario que sea como último recurso y haber previamente reducido jornadas, salarios, etc. Y sólo después de haber hecho esto despedir, porque la situación no mejora, sino que la empresa puede despedir directamente. Con lo cual parece que finalmente era cierta la postura que postulaba, como hemos visto, que si se bajaba el coste de despido de los contratos indefinidos, se aumentaría el número de despidos y, en consecuencia, parados, en lugar de aquella que promulgaba que se crearían más puestos de trabajo indefinidos, como desgraciadamente se ha puesto gráficamente de manifiesto en las cifras del paro.

El concepto de “Flexiguridad”, en los países donde se originó (fundamentalmente países nórdicos como Dinamarca), va acompañado de una protección al trabajador en cuanto a elevadas prestaciones por desempleo e indemnizaciones para proteger al trabajador mientras

encuentra un nuevo empleo. Lo cual desgraciadamente aquí no se ha hecho, sino todo lo contrario, reducir tanto indemnizaciones como prestaciones por desempleo, con el consiguiente resultado de reducción de derechos laborales y reducción de protección frente al desempleo. Y es que se ha reformado y reducido un derecho laboral con la excusa que era la causa del paro y de la destrucción de empleo y que era necesario para crear empleo y encima empleo fijo. Sin embargo, ese mismo ordenamiento laboral era el que estaba en vigor en la época del “boom” económico donde se habían alcanzado récords históricos de creación de empleo y donde el paro había bajado a sus niveles más bajos, alcanzado casi el pleno empleo. Por ello, no parece que se pueda atribuir un excesivo papel en la destrucción o creación de empleo. La demanda de mano de obra por parte de las empresas es siempre derivada. Es decir, depende de que aumente también la demanda del consumo de los productos o servicios que esas mismas empresas ofrecen y, para ello, es necesario, a su vez, que mejore la situación económica. De tal modo que cuando esto ocurra, se volverá a crear empleo, como siempre se ha hecho en las sucesivas crisis anteriores. Sólo que los nuevos empleados tendrán, tras cada crisis y su correspondiente reforma, menos derechos que los anteriores, ya que esa es la finalidad verdadera.

Centrar de manera prioritaria los cambios en los aspectos laborales y no en el modelo productivo corre el riesgo de pretender recuperar la inversión y la creación de empleo, y los beneficios empresariales, no sobre una mejora de la competitividad, sino sobre la base de la *flexiguridad*, esto es, del empeoramiento de condiciones de trabajo como condición *sine qua non* para la creación de empleo, como se está ya produciendo en la crisis, y sobre un abaratamiento de costes, tanto laborales como de Seguridad Social, y de ahí la permanente reivindicación patronal de rebaja de impuestos y de cotizaciones a la Seguridad Social. Sólo que, como estamos viendo, esto no sirve para crear puestos de trabajo, sino sólo para reducir salarios y prestaciones sociales, de tal forma que cuando se recupere la actividad económica y se vuelva a crear empleo, ya que esta es la única premisa que

puede crear puestos de trabajo, esos nuevos trabajadores tendrán menos derechos sociales.

Por lo tanto parece prioritario reestablecer de nuevo la jerarquía de los convenios colectivos, relegando los convenios de empresa, de nuevo, al último escalón de dicha jerarquía, de tal forma que solo puedan mejorar lo establecido por los sindicatos en los convenios colectivos superiores. De tal modo que las grandes empresas con convenio propio no puedan establecer peores condiciones, especialmente salariales, que las obtenidas por los sindicatos en las negociaciones de los convenios de ámbito superior, lo que vacía de contenido los convenios colectivos estatutarios y la función negociadora de los sindicatos de estos colectivos para todos los trabajadores y es un ataque directo al derecho a la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.

Restringir de nuevo la posibilidad de descolgarse de un convenio colectivo estatutario en el caso de causas económicas, sólo cuando existan pérdidas reales e imposibilidad, por lo tanto, de mantener las condiciones laborales del convenio y no, como ahora, cuando sólo haya disminución de ingresos, durante un periodo de tiempo corto, pero la empresa todavía tenga beneficios reales. Especialmente respecto de las grandes empresas que no tienen dificultades para pagar los salarios de los convenios colectivos. Si acaso manteniendo la posibilidad de descuelgue de las pequeñas empresas que sí pueden encontrar dificultades para hacer frente a los salarios de los convenios sectoriales.

En cuanto a los contratos temporales, no puede ser tener una contratación temporal causal y no controlar la causa. En la Oficina de Empleo, te registran el contrato pero no controlan la causa. La ITSS está desbordada y sólo actúa bajo denuncia. EL trabajador no denuncia porque tiene medio a que no le renueven el contrato y perder su trabajo. Sólo se controla en las empresas que tienen representantes legales de los trabajadores, pero como las empresas españolas son tan pequeñas, el 93% no tienen representantes legales de los trabajadores. Por lo tanto, al final, entre todos la casa sin barrer y tenemos una contratación temporal causal

que nadie controla. Esto sólo se nos ocurre a nosotros. Resultado, de cada 100 contratos que se celebran 90 son temporales. Evidentemente la gran mayoría celebrados de forma fraudulenta encubriendo lo que deberían ser contratos indefinidos. Por lo tanto o empezamos a controlar la causa, en la Oficina de Empleo, aumentando el número de Inspectores, etc. o abandonamos la causalidad y adoptamos el modelo anglosajón, limitando porcentualmente el número de trabajadores con contratos temporales que puede tener una empresa en plantilla, de acuerdo con el número total de trabajadores que tenga en plantilla. Así, por ejemplo, empresas de hasta 100 trabajadores en plantilla, pueden tener como máximo un 20% del total de sus trabajadores con contratos temporales, el resto deben ser contratos indefinidos. Así, de un plumazo, reduces objetivamente la contratación temporal sin tener que controlarla.

La otra opción sigue siendo adoptando el contrato único, con una indemnización intermedia, 20, 25 días, pero no progresiva, sino, elevada precisamente durante los primeros años, para que al empresario no le salga rentable despedir, desde el punto de vista económico, durante los primeros años del contrato y vaya sustituyendo y rotando entre trabajadores, sino que para compensar la poca antigüedad que tiene el trabajador durante los primeros años, establecer una indemnización elevada, tal vez fija de 45 días de salario y que esta vaya bajando progresivamente hasta quedarse en 25 o 20 días de salario por año, después de 3 o 4 años, así la menor indemnización ya se vería aumentada al tener que multiplicar por los años de antigüedad en la empresa y se vería, así, compensada. También se podría instaurar el modelo austriaco, bien aumentando las cuotas que pagan los empresarios todos los meses, bien imponiendo unas cuotas a los trabajadores o bien ambas cosas, ya que se trataría de que con esas cuotas se creara un fondo, una hucha si se prefiere, para cada trabajador, que va aumentando a través de las cotizaciones de su empresario y las suyas, dependiendo del sistema que se adopte. Cantidad que si no es despedido va aumentando y acumulándose y si el trabajador cambia de empresa, se lo puede llevar con él, a modo de mochila con la cantidad acumulada. Si

finalmente es despedido más adelante, se puede utilizar para pagar la indemnización y sino es despedido en mucho tiempo, se puede utilizar para mejorar las prestaciones por desempleo, cuando finalmente sea despedido o en caso contrario, para mejorar el día de mañana la propia pensión de jubilación. Se intentó en su momento financiarlo a través de la cuota mensual que abonan los empresarios al FOGASA, pero el exiguo 0,20% que se paga no fue suficiente para garantizar los salarios y las indemnizaciones a los trabajadores de las empresas insolventes, además de pagar las indemnizaciones y no se quiso entonces aumentar la cuota. Ahora bien, si se quisiera implementar en serio, requeriría que los empresarios lo financien a través de cuotas todos los meses, lo que incrementaría el coste de la mano de obra, ya que habría que cotizar por este concepto, por cada trabajador, todos los meses. Y los empresarios ya dicen que el coste es elevado. Aunque al pagarlo todas las empresas, se mutualizaría el coste del despido, en el sentido que la cuota que pagara cada empresa podría ser muy poco, porque al ser tantas empresas, aunque sea una cuota muy reducida, por ejemplo, 0.25%, a título individual supondría muy poco (por ejemplo, 0.25% de un sueldo de 1000 euros, sería una cuota de dos euros y medio al mes y, por el contrario, cuando despidas a un trabajador no tendrías que pagarle la indemnización, sino que se haría cargo el fondo. Otra opción es cargar en su totalidad la cuota a los trabajadores o en parte, conjuntamente con las empresas. Sin embargo, en los supuestos en que el trabajador no lo tocara hasta la edad de jubilación sería una ventaja para él, ya que tendría un plus a la pensión de jubilación, pero en los casos en que fuera despedido antes y se utilizara para pagar su indemnización, en última instancia, estarían pagando ellos su propia indemnización de despido, que no parece razonable con la idea que la indemnización por despido debe ser a coste de la empresa y a favor del trabajador para compensar el perjuicio.

www.revistajuridicadeltrabajo.blogspot.com

