

**INFORME 302 LA REFORMA LABORAL 2012 (LA LEY 3/2012) :
ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS Y SU SOLUCIÓN DESDE
LA PERSPECTIVA SINDICAL**

Elaborado por los profesores de Derecho del Trabajo :

Juan Carlos Garcia Quiñones
Jesús Lahera Forteza
Maria José Serrano García
Alberto Valdés Alonso
Fernando Valdés Dal-Ré

En el marco del convenio de asesoramiento jurídico entre la
Confederación UGT y UCM

Sumario

CAPÍTULO PRIMERO¹

MOVILIDAD FUNCIONAL, LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA Y LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

1. El nuevo marco normativo de la movilidad funcional, la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo tras la reforma laboral 2012

1.1. Introducción

1.2. Movilidad funcional

1.3 Movilidad geográfica

1.4. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

2. La movilidad funcional: problemas prácticos

a) ¿Cómo se han modificado las causas habilitantes respecto de la movilidad funcional ascendente y descendente?

b) ¿Cómo se configuran con la regulación vigente los límites para que la empresa pueda decidir la movilidad funcional horizontal?

c) ¿Qué consecuencias tendría el incumplimiento por los convenios colectivos de su obligación para adaptar en el plazo de un año su sistema de clasificación profesional?

d) ¿Cómo debe interpretarse el hecho de que la nueva redacción del apartado 1 del artículo 39 del ET no contenga ninguna mención al grupo profesional?

¹ Juan Carlos García Quiñones. Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UCM

e) ¿La supresión de las categorías profesionales puede tener consecuencias en orden a un eventual replanteamiento de los salarios a percibir por los trabajadores?

f) ¿Qué consecuencias tiene para el ejercicio de la movilidad funcional descendente la supresión de unas necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva?

g) ¿Cómo se conjugan la redacción vigente del artículo 39 del ET con las previsiones dispuestas en el II AENG 2012-2014?

3. La movilidad geográfica: problemas prácticos

a) ¿Cómo se flexibilizan las causas habilitantes de la movilidad geográfica y qué consecuencias tiene sobre el control judicial de la decisión empresarial?

b) ¿Cómo juega el deber de buena fe en este contexto de pseudo desvirtuación legal de las causas justificativas de la movilidad geográfica?

c) ¿Qué consecuencias comporta la eliminación de la intervención de la autoridad laboral en la redacción actual del artículo 40.2 del ET?

d) ¿Qué supone el establecimiento de prioridades de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad?

e) ¿Se debe interpretar la nueva previsión del artículo 40.5 del ET como un listado abierto o un listado cerrado respecto de los colectivos enumerados susceptibles de un tratamiento prioritario de permanencia?

f) ¿La apertura hacia otros colectivos de trabajadores respecto a la prioridad de permanencia en un supuesto de traslado modifica la prioridad de permanencia de los representantes legales?

g) ¿Deberían incluirse necesariamente todos los trabajadores pertenecientes a cualesquiera de los colectivos que se pacte, o cabría la elección únicamente de determinados trabajadores pertenecientes a esos colectivos?

h) ¿Con qué base se sostendría semejante elección sin entrar en un problema de discriminación o vulneración del principio de igualdad?

i) ¿Cómo juega la posibilidad que abre el artículo 40.5 del ET respecto al establecimiento de una prioridad de permanencia a favor de las mujeres?

4. La modificación sustancial de condiciones de trabajo: problemas prácticos

- a) ¿Qué argumentos cabría invocar para contrarrestar la flexibilización de las causas empresariales?
- b) ¿Qué efectos tiene la mención a los ingresos ordinarios y a la disminución persistente durante dos trimestres consecutivos del nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre si es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior?
- c) ¿En qué se traduce la nueva redacción del artículo 41.1.d) del ET con la inclusión expresa de la cuantía salarial?
- d) ¿La inclusión de la cuantía salarial condiciona el debate acerca del carácter abierto o cerrado del listado de condiciones que contiene el artículo 41.1 del ET?
- e) ¿La inclusión de la cuantía salarial refuerza el criterio de rigor para la apreciación judicial de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción?
- f) ¿Resulta constitucional la modificación unilateral por el empresario de acuerdos colectivos?
- g) ¿Cabría reducir jornada por la vía del artículo 41 del ET siendo la reducción inferior al 10 por 100 o superior al 70 por 100?
- h) ¿Qué consecuencias sustantivas y procesales tiene la nueva delimitación entre modificaciones individuales y modificaciones colectivas?
- i) ¿Podría legitimar un mayor rigor judicial en la apreciación de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción la nueva delimitación entre modificaciones individuales y modificaciones colectivas?
- j) ¿Qué argumentos cabría invocar en sede judicial ante la reducción en los plazos de los procedimientos que previene el artículo 41.3 y 41.5 del ET?
- k) ¿En qué se traduce la nueva formulación legal del artículo 50.1.a) del ET?
- l) ¿Qué efectos tiene la ampliación de supuestos en los que el trabajador podrá optar por extinguir la relación laboral por la vía del artículo 41.3 del ET?
- ll) ¿En qué se traduce la nueva redacción del artículo 41.6 del ET a partir del RD-L 3/2012?
- m) ¿Cómo se regula actualmente la impugnación de las decisiones empresariales de movilidad geográfica y de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo?

CAPÍTULO SEGUNDO²

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES, EL DESPIDO OBJETIVO Y LA SUPUESTA PRESUNCION DE PROCEDENCIA DEL DESPIDO OBJETIVO

1. Nuevo marco normativo de la extinción individual del contrato de trabajo tras la reforma laboral de 2012. Planteamiento de las cuestiones más relevantes

1.1. La inserción del despido libre en nuestro ordenamiento jurídico laboral

1.2. El despido individual por causas objetivas

1.3. La supuesta inversión de la carga de la prueba en el despido objetivo.

2. El despido libre contenido en el “contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”: problemas prácticos.

a) ¿Cuál es la finalidad del periodo de prueba en nuestro ordenamiento jurídico?

b) ¿Cuál debe ser la duración del periodo de prueba de conformidad con la legalidad hasta ahora vigente?

c) ¿Qué sentido tiene la previsión del art. 14 ET en virtud de la cual en las empresas de menos de 25 trabajadores el periodo de prueba para trabajadores no titulados pueda tener una duración de hasta tres meses?

d) ¿Cuales son los efectos de la no superación del período de prueba?

e) ¿Es ilimitada la capacidad rescisoria de la relación laboral durante el periodo de prueba?

f) ¿Cuál es la valoración del periodo de prueba en la configuración legal del «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores».

g) ¿La causalidad del despido es una constante en la configuración del ordenamiento jurídico laboral español?

h) ¿Es la causalidad del despido un elemento integrante del contenido sustantivo del art. 35.1 CE en la doctrina del TC?

i) ¿Existen compromisos supranacionales e internacionales sobre la configuración formal y causal del despido?

² Alberto Valdés Alonso. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UCM

j) ¿Es constitucional la el periodo de prueba contenido en el nuevo “Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”?

k) ¿En el trámite parlamentario se ha introducido alguna modificación que altere sustancialmente la cuestión de la constitucionalidad del periodo de prueba en esta nueva modalidad contractual?

3. El despido individual por causas objetivas: problemas prácticos

a) ¿Altera de modo sustancial el Decreto Ley 3/2012 la regulación del despido por falta de adaptación?

b) ¿Altera de modo sustancial el Decreto Ley 3/2012 la regulación del despido por absentismo?

c) ¿Tiene algún otro efecto negativo para el trabajador la supresión del umbral del 2.5% de referencia?

d) ¿Existe algún otro punto débil en la regulación del despido por absentismo?

e) ¿Se ha introducido alguna medida en la tramitación parlamentaria que modifique o altere sustancialmente la regulación del despido por causas objetivas en los términos en los que lo venimos analizando en este Informe?

4. La supuesta presunción de procedencia del despido objetivo: problemas prácticos

a) ¿La nueva redacción del art. 53.4 ET respecto de la procedencia del despido objetivo constituye una presunción a favor de la procedencia del acto extintivo?

b) ¿Se debe entender que la nueva redacción del art. 53.4 ET implica una inversión de la carga de la prueba que se desplaza ahora hacia el trabajador?

c) ¿Cuál es el sentido que se debe dar entonces a la nueva redacción del art. 53.4 ET?

CAPÍTULO TERCERO³

EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO EXTINTIVOS, SUSPENSIVOS Y DE REDUCCIÓN DE JORNADA

1. El nuevo marco normativo de los expedientes de regulación de empleo

1.1. Expedientes de regulación de empleo extintivos

1.2. Expedientes de regulación de empleo de reducción de jornada y suspensivos

2. Expedientes de regulación de empleo extintivos: problemas prácticos

a) ¿Qué referencia existe en la medición de la causa económica del despido?

b) ¿Existe control automático o de oportunidad de la causa del despido?

c) ¿El despido es una última ratio tras agotar la flexibilidad interna?

d) ¿Qué papel tiene ahora la autoridad laboral en el ERE y cómo puede ayudar a la parte sindical?

e) ¿Qué efectos jurídicos tiene el informe de Inspección de Trabajo en el ERE?

f) ¿Qué papel tienen ahora los planes sociales en el ERE?

g) ¿Se pueden continuar pactando prejubilaciones en el ERE?

h) ¿Qué alcance tiene la nulidad del despido por incumplimiento del período de consultas?

i) ¿Qué consecuencias jurídicas tienen las prioridades legales o acordadas de permanencia en el ERE?

j) ¿El empresario tiene límites en la designación de trabajadores despedidos tras un ERE sin acuerdo?

k) ¿Cuándo comienza a contar el plazo de caducidad para impugnar los despidos en un ERE y ante qué órgano judicial se presenta?

l) ¿Qué efectos tiene la sentencia sobre el ERE en la demanda colectiva?

³ Jesús Lahera Forteza. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UCM

ll) ¿Es posible que los trabajadores individuales impugnen judicialmente el despido tras un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores en el ERE?

m) ¿La autoridad laboral o los representantes de los trabajadores pueden impugnar el acuerdo de despido en el ERE?

n) ¿La empresa puede presentar una demanda de acción declarativa de la legalidad de los despidos adoptados en el ERE?

ñ) ¿El FOGASA asume parte de las indemnizaciones en los ERES?

o) ¿Es viable plantear un ERE extintivo en la Administración Pública?

2. Los expedientes de regulación de reducción de jornada y suspensivos: problemas prácticos

a) ¿Es diferenciable una suspensión contractual de una reducción de jornada?

b) ¿Qué son las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en suspensiones contractuales y reducciones de jornada?

c) ¿Estas medidas son temporales o definitivas?

d) ¿Es aplicable la jurisprudencia flexibilizadora anterior sobre reducción de jornada a través del art.41 ET tras la reforma?

e) ¿Qué papel tiene la autoridad laboral en el ERE de suspensión y reducción de jornada?

f) ¿Qué alcance jurídico tiene el informe de la inspección de trabajo en el ERE suspensivo y de reducción de jornada?

g) ¿A través de qué procedimiento y con qué efecto se puede impugnar una suspensión contractual o reducción de jornada?

h) ¿Es posible que los trabajadores individuales impugnen judicialmente la suspensión contractual o reducción de jornada tras un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores en el ERE?

i) ¿La autoridad laboral u otros representantes de los trabajadores pueden impugnar el acuerdo de suspensiones contractuales o reducciones de jornada en el ERE?

j) ¿En qué condiciones y sobre que base reguladora se repone la prestación de desempleo en suspensiones contractuales y reducciones de jornadas con posterior despido?

k) ¿Es viable plantear un ERE suspensivo o de reducción de jornada en la Administración Pública?

CAPÍTULO CUARTO⁴

LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

1. El nuevo marco normativo de los salarios de tramitación

2. Los salarios de tramitación: problemas prácticos

a) ¿El nuevo art. 56.2 ET posee efectos retroactivos?

b) ¿En qué términos la Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto-Ley 3/2012 podría actuar en contra de la retroactividad del art. 56.2 ET?

c) ¿El principio de seguridad jurídica y la prohibición de retroactividad contemplada en el art. 9.3 CE afectan al art. 56.2 ET?

d) ¿Existe algún supuesto en el que el empresario opte por la indemnización en un despido improcedente y el trabajador tenga derecho a salarios de tramitación?

e) ¿Un empleado titular del derecho de opción que no es representante unitario o sindical percibe salarios de tramitación, si es despedido improcedente y opta por la indemnización?

f) ¿La definitiva extinción indemnizada del contrato de trabajo solicitada por un trabajador en el trámite de juicio oral genera salarios de tramitación?

g) ¿Qué régimen de devolución de prestaciones de desempleo ha de actuar, cuando los salarios de tramitación acompañan a la indemnización sustitutoria de la readmisión?

h) ¿Conviene a los trabajadores aceptar la improcedencia del despido antes del trámite de conciliación previa, utilizando fórmulas similares al despido exprés?

CAPÍTULO QUINTO⁵

LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO PACTADAS EN CONVENIOS COLECTIVOS ESTATUTARIOS

1. El nuevo marco normativo de la inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios

⁴ María José Serrano García. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UCM

⁵ Fernando Valdés Dal-Ré. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UCM

2. La inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios: problemas prácticos

- a) ¿Mantiene la nueva regulación reglas especiales, ubicadas en preceptos estatutarios diferentes al art. 82.3?
- b) ¿Cuáles son las condiciones de trabajo pactadas que el empresario puede pretender modificar, concurriendo causa habilitante para ello?
- c) ¿Qué representaciones de trabajadores tienen derecho a participar en el período de consultas?
- d) ¿Cuáles son los límites legales al contenido del acuerdo de inaplicación?
- e) ¿Cabe la impugnación de los acuerdos de inaplicación?
- f) ¿Cuál es la comisión paritaria competente para intentar resolver la discrepancia derivada de la conclusión del período de consulta sin acuerdo?
- g) ¿Cuál es el procedimiento a seguir en caso de que la comisión paritaria del convenio no alcanzara acuerdo?
- h) ¿Cuál es el organismo público al que el empresario puede acudir para instar una decisión de obligado cumplimiento?

CAPÍTULO PRIMERO⁶

MOVILIDAD FUNCIONAL, LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA Y LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

1. Nuevo marco normativo de la movilidad funcional, la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo tras la reforma laboral 2012

1.1 Movilidad funcional

1.2 Movilidad geográfica

1.3. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

2. Problemas prácticos en la movilidad funcional

a) ¿Cómo se han modificado las causas habilitantes respecto de la movilidad funcional ascendente y descendente?

b) ¿Cómo se configuran con la regulación vigente los límites para que la empresa pueda decidir la movilidad funcional horizontal?

c) ¿Qué consecuencias tendría el incumplimiento por los convenios colectivos de su obligación para adaptar en el plazo de un año su sistema de clasificación profesional?

d) ¿Cómo debe interpretarse el hecho de que la nueva redacción del apartado 1 del artículo 39 del ET no contenga ninguna mención al grupo profesional?

e) ¿La supresión de las categorías profesionales puede tener consecuencias en orden a un eventual replanteamiento de los salarios a percibir por los trabajadores?

f) ¿Qué consecuencias tiene para el ejercicio de la movilidad funcional descendente la supresión de unas necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva?

g) ¿Cómo se conjugan la redacción vigente del artículo 39 del ET con las previsiones dispuestas en el II AENG 2012-2014?

3. Problemas prácticos en la movilidad geográfica

a) ¿Cómo se flexibilizan las causas habilitantes de la movilidad geográfica y qué consecuencias tiene sobre el control judicial de la decisión empresarial?

⁶ Juan Carlos García Quiñones. Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UCM

b) *¿Cómo juega el deber de buena fe en este contexto de pseudo desvirtuación legal de las causas justificativas de la movilidad geográfica?*

c) *¿Qué consecuencias comporta la eliminación de la intervención de la autoridad laboral en la redacción actual del artículo 40.2 del ET?*

d) *¿Qué supone el establecimiento de prioridades de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad?*

e) *¿Se debe interpretar la nueva previsión del artículo 40.5 del ET como un listado abierto o un listado cerrado respecto de los colectivos enumerados susceptibles de un tratamiento prioritario de permanencia?*

f) *¿La apertura hacia otros colectivos de trabajadores respecto a la prioridad de permanencia en un supuesto de traslado modifica la prioridad de permanencia de los representantes legales?*

g) *¿Deberían incluirse necesariamente todos los trabajadores pertenecientes a cualesquiera de los colectivos que se pacte, o cabría la elección únicamente de determinados trabajadores pertenecientes a esos colectivos?*

h) *¿Con qué base se sostendría semejante elección sin entrar en un problema de discriminación o vulneración del principio de igualdad?*

i) *¿Cómo juega la posibilidad que abre el artículo 40.5 del ET respecto al establecimiento de una prioridad de permanencia a favor de las mujeres?*

4. Problemas prácticos en la modificación sustancial de condiciones de trabajo

a) *¿Qué argumentos cabría invocar para contrarrestar la flexibilización de las causas empresariales?*

b) *¿Qué efectos tiene la mención a los ingresos ordinarios y a la disminución persistente durante dos trimestres consecutivos del nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre si es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior?*

c) *¿En qué se traduce la nueva redacción del artículo 41.1.d) del ET con la inclusión expresa de la cuantía salarial?*

d) *¿La inclusión de la cuantía salarial condiciona el debate acerca del carácter abierto o cerrado del listado de condiciones que contiene el artículo 41.1 del ET?*

e) *¿La inclusión de la cuantía salarial refuerza el criterio de rigor para la apreciación judicial de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción?*

f) *¿Resulta constitucional la modificación unilateral por el empresario de acuerdos colectivos?*

g) *¿Cabría reducir jornada por la vía del artículo 41 del ET siendo la reducción inferior al 10 por 100 o superior al 70 por 100?*

h) *¿Qué consecuencias sustantivas y procesales tiene la nueva delimitación entre modificaciones individuales y modificaciones colectivas?*

i) *¿Podría legitimar un mayor rigor judicial en la apreciación de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción la nueva delimitación entre modificaciones individuales y modificaciones colectivas?*

j) *¿Qué argumentos cabría invocar en sede judicial ante la reducción en los plazos de los procedimientos que previene el artículo 41.3 y 41.5 del ET?*

k) *¿En qué se traduce la nueva formulación legal del artículo 50.1.a) del ET?*

l) *¿Qué efectos tiene la ampliación de supuestos en los que el trabajador podrá optar por extinguir la relación laboral por la vía del artículo 41.3 del ET?*

ll) *¿En qué se traduce la nueva redacción del artículo 41.6 del ET a partir del RD-L 3/2012, mantenida en los mismos términos por la Ley 3/2012?*

m) *¿Cómo se regula actualmente la impugnación de las decisiones empresariales de movilidad geográfica y de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo?*

.....

1. Nuevo marco normativo de la movilidad funcional, la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo tras la reforma laboral 2012

Con carácter previo, conviene no perder de vista las referencias sobre la flexibilidad interna incluidas en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, cuando refiere que “la reforma apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo, etc”. Así como cuando insiste que “el objetivo es la flexiseguridad”. A tales fines, el Capítulo III de la citada Ley 3/2012, bajo el título de “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo”, recoge un conjunto de medidas que “tienen como objetivo fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa”.

Concretamente, en lo que importa a esta parte del Informe, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, afirma que su “(...) Capítulo III agrupa diversas medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa

a la destrucción de empleo. El problema de la dualidad laboral es consecuencia, en buena medida, de un sistema de instituciones laborales inadecuado que ha quedado evidenciado durante la última crisis. En un sistema que genera incentivos adecuados, las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada. Este tipo de ajuste ha sido relevante en los países de nuestro entorno, lo que se ha traducido en una menor destrucción de empleo.

El conjunto de medidas que se formulan en este capítulo tienen como objetivo fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa. Con este objetivo son varias las reformas que se abordan. En primer lugar, el sistema de clasificación profesional pasa a tener como única referencia el grupo profesional con el objetivo de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz.

En segundo lugar, 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 extinción voluntaria del contrato de trabajo con derecho a indemnización y, la modificación de condiciones de trabajo recogidas en convenio colectivo del Título III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se reconducen al apartado 3 del artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores.”

1.1 Movilidad funcional

El artículo 10 de la Ley 3/2012 modifica el artículo 39 del ET, cuya novedad principal consiste en que se prescinde de toda referencia a las categorías profesionales a la hora de regular las posibilidades de movilidad funcional. En este orden de cosas, como anticipo del cambio que incorpora después la parte dispositiva de la citada Ley 3/2012, la Exposición de Motivos refiere que “el sistema de clasificación profesional pasa a tener como única referencia el grupo profesional con el objetivo de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz”.

De este modo, a fin de permitir la movilidad funcional “horizontal” dentro del grupo y la movilidad funcional “vertical” fuera de él, tanto la ascendente como la descendente, la Ley 3/2012 introduce los siguientes cambios:

1) Primero, establece que “la movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador” (artículo 39.1 del ET).

2) En segundo lugar, dispone que “la movilidad funcional para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional sólo será posible si existen, además, razones técnicas u

organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención” (artículo 39.2 del ET).

3) A continuación, suprime el anterior límite causal específico de la movilidad funcional descendente fuera del grupo profesional consistente en las “necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva”, de suerte que la misma será posible siempre que existan “razones técnicas u organizativas que la justifiquen” aunque éstas hubieran sido claramente previsibles.

Es así que la principal novedad introducida respecto de la regulación preexistente consiste en que las funciones del trabajador ya no vienen determinadas por su inclusión en una categoría profesional, sino por su adscripción a un grupo profesional, que engloba aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y dentro del cual hay posibilidades más amplias de movilidad funcional (artículos 22 y 39 del ET).

De este modo, las cuestiones controvertidas que se plantean en materia de movilidad funcional, a partir de las novedades incorporadas por la Ley 3/2012, analizadas desde una perspectiva de defensa de la posición sindical, están vinculadas, fundamentalmente, con la determinación de las funciones del trabajador por su adscripción a un grupo profesional, que engloba aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, con el consiguiente aumento de las posibilidades de movilidad funcional, amén de alguna cuestión que suscita la nueva redacción dada al artículo 39 del ET, en sus apartados 1 y 2.

1.2 Movilidad geográfica

En relación con la movilidad geográfica, el artículo 11 de la Ley 3/2012 modifica el artículo 40 del ET, cuyas novedades principales pueden sistematizarse del siguiente modo:

1) Para poder llevar a cabo estos traslados, que exigen cambios de residencia de los trabajadores, se requiere la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. La reforma establece que **tendrán esa consideración** las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial.

2) En relación con el procedimiento, la reforma **suprime la posibilidad de intervención de la autoridad laboral**, que, en la redacción pretérita, podía ordenar la ampliación del plazo de incorporación y la consiguiente paralización de la efectividad del traslado por un período de tiempo no superior a seis meses.

3) Los representantes legales de los trabajadores tienen **prioridad de permanencia** en los puestos de trabajo en los casos de movilidad geográfica, estableciendo la reforma que, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas se pueden establecer prioridades de

permanencia **a favor de trabajadores de otros colectivos**, como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

De este modo, como principales novedades introducidas por la Ley 3/2012, respecto de la regulación preexistente, se flexibiliza la definición de las causas por las que la empresa puede acordar la movilidad geográfica; se suprime la intervención de la autoridad laboral; de igual forma que, por acuerdo con los representantes de los trabajadores, se pueden establecer prioridades de permanencia de algunos colectivos (trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad, etc).

A partir de estos presupuestos, las cuestiones controvertidas que suscita la nueva regulación de la movilidad geográfica, según las novedades incorporadas por la Ley 3/2012, y su respuesta correspondiente desde la perspectiva sindical, se pueden sistematizar alrededor de tres materias distintas, como tendremos ocasión de desarrollar en epígrafes posteriores. A saber:

a) En relación con la flexibilización en la definición de las causas por las que la empresa puede acordar la movilidad geográfica, según la nueva redacción del artículo 40.1 del ET.

b) En relación con la supresión de la intervención de la autoridad laboral, según la nueva redacción del artículo 40.2 del ET.

c) En relación con el acuerdo con los representantes de los trabajadores para el establecimiento de prioridades de permanencia de determinados colectivos, conforme a la nueva redacción del artículo 40.5 del ET.

Finalmente, respecto del grado de afectación de la materia en el trámite parlamentario, ha tenido lugar una ligera modificación del artículo 40.3 bis del ET, que queda redactado del siguiente modo:

"3 bis. Los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo que se vean obligados a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo.

En tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a los trabajadores las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro.

El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaban los trabajadores.

Terminando este periodo, los trabajadores podrán optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva."

De igual modo, simultáneamente también se incluye una disposición adicional vigésima segunda en el ET, bajo rúbrica de “Consideración de víctimas del terrorismo a efectos laborales”, de forma que *“Se consideran incluidas a efectos de lo dispuesto en los artículos 37.7 y 40.3 bis las personas a que se refieren los artículos 5 y 33 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas de Terrorismo.”*

El artículo 5 de la Ley 29/2011 se refiere a los amenazados, cuando afirma que *“Las personas que acrediten sufrir situaciones de amenazas o coacciones directas y reiteradas, procedentes de organizaciones terroristas, serán objeto de especial atención, en el marco de sus competencias, por parte de las Administraciones Públicas”*. Mientras que, por su parte, el artículo 33 del mismo Texto legal, bajo rúbrica de “Derechos Laborales”, dispone que *“Las víctimas del terrorismo a las que se refiere el artículo 4, apartado 1, tendrán derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reordenación de su tiempo de trabajo y a la movilidad geográfica”*.

Finalmente, también, se añade un nuevo apartado 3.ter en el artículo 40 del ET, con el siguiente contenido:

“3.ter. Para hacer efectivo su derecho de protección a la salud, los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento, en los términos y condiciones establecidos en el apartado anterior para las trabajadoras víctimas de violencia de género y para las víctimas del terrorismo.”

Modificaciones todas, incluidas en el trámite de enmiendas en el Congreso de los Diputados, que no alteran el régimen jurídico general dispuesto por el RD-L 3/2012 en materia de movilidad geográfica, a salvo las cuestiones enumeradas en relación con los colectivos concretos que se citan, en referencia a los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas de terrorismo (artículo 40.3 bis del ET); así como respecto de los trabajadores con discapacidad (artículo 40.3 ter del ET).

1.3 Modificación sustancial de condiciones de trabajo

Las claves del nuevo régimen jurídico para la modificación sustancial de condiciones de trabajo que instaura el artículo 12 Uno de la Ley 3/2012, dando una nueva redacción al artículo 41 del ET, pueden sistematizarse del siguiente modo:

1) La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. La reforma establece que **se**

considerarán tales las relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

2) Para que se entienda que concurren las antedichas probadas razones **ya no será necesario** que la adopción de las medidas **contribuya a prevenir** una evolución negativa de la empresa **o a mejorar** la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, como se establecía en la anterior redacción del artículo 41.1 del ET.

3) Se incorpora como **modificación sustancial** de las condiciones de trabajo **la cuantía salarial**, quedando así la relación de materias que se consideran susceptibles de ser afectadas por este tipo de modificaciones: a) Jornada de trabajo; b) Horario y distribución del tiempo de trabajo; c) Régimen de trabajo a turnos; d) Sistema de remuneración **y cuantía salarial**; e) Sistema de trabajo y rendimiento; f) Funciones, cuando excedan de los límites que prevé para la movilidad funcional el artículo 39 del ET.

4) Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo **podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo**, y no solo en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

5) Después de la reforma, la consideración del **carácter colectivo o individual** de la modificación se hace depender, exclusivamente, del **número de trabajadores afectados**, y no del origen (pacto individual o colectivo) de la condición laboral que se modifica.

Así, se considera de **carácter colectivo** la modificación que, en un período de 90 días, afecte al menos a:

- 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores.
- El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- 30 trabajadores, en las empresas que ocupen más de 300 trabajadores.

Por el contrario, se considera de **carácter individual** la modificación que, en ese período de 90 días, no alcance ese número de trabajadores.

6) Respecto al procedimiento para la modificación sustancial individual, la decisión debe ser **notificada** por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de **15 días** (antes 30) a la fecha de su efectividad.

En caso de modificaciones de jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, **sistema de remuneración, cuantía salarial y funciones** (antes no se incluían estas tres modificaciones), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de **20 días de salario por**

año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación, el trabajador que no opte por la rescisión podrá **impugnarla** ante la jurisdicción social.

7) Respecto al procedimiento para la modificación sustancial colectiva, sin perjuicio de que puedan establecerse procedimientos específicos a través de la negociación colectiva, el artículo 41.4 del ET regula el procedimiento de la siguiente forma:

La decisión debe ir precedida de un **período de consultas** con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a 15 días, sobre las causas de la decisión y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

En las empresas donde **no exista representación legal** de los trabajadores, éstos pueden optar por atribuírsela, bien a una **comisión** de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. En todos los casos, la designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de **mediación o arbitraje** que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período.

Cuando el período de consultas finalice **con acuerdo**, se presumirá que concurren las causas justificativas y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción de rescisión indemnizada del contrato.

Cuando el período de consultas finalice **sin acuerdo**, la decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores y surtirá efectos en el plazo de los **siete días** siguientes a su notificación (antes 30).

Contra estas decisiones se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

8) Respecto al procedimiento para la modificación de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos estatutarios, conforme dispone el artículo 12 Uno de la Ley 3/2012, modificando el artículo 41.6 del ET, se observará el procedimiento para la **inaplicación de condiciones** establecidas en convenio (“descuelgue del convenio”) regulado en el artículo 82.3 del ET.

Sobre la base de todos los presupuestos enumerados, las novedades principales introducidas por la Ley 3/2012, respecto de la regulación preexistente en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, se concretan en los siguientes extremos:

a) Se flexibiliza sobremanera la definición de las causas por las que la empresa puede acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, no siendo necesario que las medidas contribuyan a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma (artículo 41.1 del ET).

b) Se introduce como nueva modificación sustancial: la cuantía salarial (artículo 41.1.d) del ET).

c) La diferencia entre modificación individual o colectiva depende ahora, exclusivamente, del número de trabajadores afectados.

d) La modificación individual se ha de notificar con una antelación de 15 días (antes 30).

e) En la modificación colectiva, si no hay acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, el empresario notifica su decisión, que surtirá efecto a los 7 días (antes 30), debiendo acudir a procedimientos de mediación (artículo 41.6 del ET).

De este modo, las cuestiones controvertidas que suscitan las novedades incorporadas por la Ley 3/2012 en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, con su respuesta correspondiente desde la perspectiva sindical, como tendremos ocasión de desarrollar en epígrafes sucesivos, giran alrededor de las materias siguientes:

a) En relación con la flexibilización de la definición de las causas empresariales para acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, sin necesidad de que las medidas contribuyan a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma, según la nueva redacción del artículo 41.1 del ET.

b) En relación con la introducción de la cuantía salarial como nueva modificación sustancial ex artículo 41.1.d) del ET.

c) En relación con la nueva previsión dispuesta en el artículo 41.2 del ET, cuando refiere la posibilidad de que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo afecten a las condiciones reconocidas a los trabajadores

en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

d) En relación con el nuevo criterio legal dispuesto para la diferenciación entre modificación individual o colectiva, según el número de trabajadores afectados, conforme a la nueva redacción del artículo 41.2 del ET.

e) En relación con la notificación de la modificación individual con una antelación de 15 días (antes 30), según la redacción vigente del artículo 41.3 del ET; así como respecto de la decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo, que habrá de ser notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo, surtiendo efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación (antes 30), conforme dispone el artículo 41.5 del ET.

f) En relación con la nueva redacción dada por la Ley 3/2012 a una de las causas por las que el artículo 50 del ET permite al trabajador solicitar la extinción indemnizada del contrato de trabajo.

g) En relación con la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del ET, a realizar conforme a lo establecido en el artículo 82.3 del citado Texto legal.

h) En relación con la impugnación de las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Para finalizar, bien que por alusión a las medidas referidas a la extinción del contrato, el apartado introductorio de la Ley 3/2012 afirma que "Más allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de la Jurisdicción Social y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores."

En esta línea también, debe hacerse mención a la nueva redacción del apartado 3 del artículo 82 del ET, cuando refiere que "Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos **ordinarios** o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si **durante dos trimestres consecutivos el nivel**

de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.”

Resultados, ambos, que conviene analizar para sopesar, desde una perspectiva analógica, si la intencionalidad tan evidente que traslada el legislador, tanto en el apartado introductorio como en el apartado dispositivo del texto legal, tratando de restar espacio al control judicial de la razonabilidad de las causas, vinculadas con la extinción del contrato (artículos 51 y 52.c del ET), así como respecto de la posibilidad de descuelgue (artículo 82.3 del ET), puede tener algún tipo de afectación asimismo en relación con la apreciación de las causas vinculadas con la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Y para caso de una respuesta afirmativa, tratar de extraer algún argumento de defensa de la posición sindical frente a las futuras decisiones empresariales que puedan derivarse en esta materia.

2. Problemas prácticos en la movilidad funcional

a) ¿Cómo se han modificado las causas habilitantes respecto de la movilidad funcional ascendente y descendente?

Hasta la entrada en vigor de la reforma de 2012, el ejercicio de la movilidad funcional ascendente exigía razones justificativas de carácter técnico u organizativo, mientras que la movilidad descendente, por el contrario, venía sujeta a una exigencia causal más rigurosa y verificable, bajo la expresión normativa de “necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva”. Con estos precedentes, la Ley 3/2012 ha procedido a unificar el presupuesto causal de ambas modalidades de movilidad funcional, con la consiguiente ampliación de las posibilidades concedidas al empresario para encomendar a los trabajadores el desempeño de tareas, funciones o especialidades profesionales correspondientes a grupos profesionales inferiores, ensanchando así los poderes de adaptabilidad del empresario al margen de la obligada razonabilidad objetiva empresarial.

Desde el punto de vista de la defensa de los intereses sindicales, la nueva formulación legal, con esa pretensión “igualadora” u homogeneizadora respecto al tratamiento jurídico dispuesto para la movilidad ascendente y descendente, por contraposición con la regulación precedente -como se ha tenido ocasión de exponer-, puede tratar de aprovecharse para invocar ante los Jueces de lo Social en las distintas controversias que se susciten una interpretación más rigurosa acerca de la existencia de razones técnicas u organizativas que justifican la movilidad funcional, con virtualidad ahora tanto para la realización de funciones superiores como inferiores.

Esto es, aprovechar la “igualación” dispuesta por el legislador para reclamar ante los tribunales un mayor rigor en la apreciación de la existencia de esas razones –técnicas u organizativas-, con fundamento en dos elementos que todavía permanecen en la redacción vigente del artículo 39.2 del ET. En primer lugar, apelando al carácter de excepcionalidad que se deduce del precepto cuando previene la movilidad funcional para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo

profesional, en referencia a la expresión “sólo será posible”. Y en segundo lugar, con apoyo en otro elemento expresivo asimismo del carácter restringido que impone la norma respecto de la movilidad funcional, cuando refiere “por el tiempo imprescindible para su atención”. Todo ello bajo la lógica, como se ha anticipado, de que la norma ya no diferencia dos niveles distintos de rigor para dar lugar a la movilidad funcional, ascendente –menos rigor- o descendente – más rigor-. Circunstancia que no debería interpretarse como una eliminación, y sí por el contrario un refuerzo en el carácter de excepcionalidad inherente al régimen jurídico de la movilidad funcional, según corroboran los dos pasajes examinados –“sólo será posible”, de un lado, y “por el tiempo imprescindible para su atención”, de otro lado-.

b) ¿Cómo se configuran con la regulación vigente los límites para que la empresa pueda decidir la movilidad funcional horizontal?

A partir de la interpretación literal y sistemática de los apartados 1 y 2 del artículo 39 del ET, en su redacción actual, que omiten toda alusión a los límites profesionales y a las categorías profesionales equivalentes, se desprende claramente que la pertenencia al grupo profesional definido en el convenio colectivo –a la par que la titulación exigida y el respeto a la dignidad del trabajador- marca el límite para que la empresa pueda decidir la movilidad funcional horizontal, siempre claro está que el convenio colectivo no contradiga el artículo 22.2 del ET. Ciertamente, si en la norma convencional se regulan grupos profesionales muy amplios, que comprenden tareas o funciones muy dispares, el Juez habrá de estar a la definición legal de grupo profesional, que se fundamenta sobre la concurrencia de la unidad de tres elementos: las aptitudes profesionales de los trabajadores, la titulación profesional y el contenido de la prestación (STSJ de Cataluña de 4 de enero de 2010).

Respecto de los otros dos elementos citados, esto es, la titulación exigida y el respeto a la dignidad del trabajador, es este último referente el que puede dar un mayor juego para las controversias futuras, bajo una lógica compensadora del aumento en la discrecionalidad del empresario que conlleva la eliminación en la norma de toda referencia a las categorías profesionales al tiempo de regular las posibilidades de movilidad funcional, dejando al grupo profesional como única referencia dentro del sistema de clasificación profesional. Aumento de la discrecionalidad empresarial que anticipa eufemísticamente la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 con el objetivo declarado de “sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz”. De esta forma, como estrategia a seguir para la defensa de posiciones sindicales, el respeto a la dignidad del trabajador debería utilizarse como un argumento recurrente en las controversias futuras, conectado con la conducta empresarial que concurra en cada conflicto específico. Primero, porque se trata de un concepto con mucho recorrido potencial, según cual sea el grado de sensibilidad de los tribunales. Y en segundo lugar, porque constituye un límite infranqueable que no puede sortear el empresario con sus actuaciones en materia de movilidad funcional, sea cual fuere el nivel de discrecionalidad a su favor que haya podido instaurar el legislador, en este caso, prescindiendo de toda referencia a las categorías profesionales cuando regula las posibilidades

de movilidad funcional, sustituidas por una única referencia al grupo profesional.

c) ¿Qué consecuencias tendría el incumplimiento por los convenios colectivos de su obligación para adaptar en el plazo de un año su sistema de clasificación profesional?

Como se sabe, la Disposición Adicional 9ª de la Ley 3/2012 contiene un mandato respecto de los convenios colectivos disponiendo un plazo de un año para adaptar su sistema de clasificación profesional a la nueva redacción del artículo 22 del ET, que elimina toda referencia a las categorías profesionales. A partir de esta premisa, el interrogante que se suscita ha merecido distintas respuestas por parte de la doctrina laboralista, alguna de ellas cuestionable desde la perspectiva sindical, desde una estrategia orientada hacia la defensa de los intereses de los trabajadores.

De esta forma, algún representante de la doctrina ha sostenido que el incumplimiento por parte de los convenios colectivos de esta obligación legal de adaptación debería interpretarse en el sentido de que ni la categoría profesional, y ni siquiera las categorías equivalentes, podrán impedir que la movilidad funcional ex artículo 39 del ET pueda abarcar todas las funciones del grupo profesional. Para argumentar, acto seguido, que el problema podría plantearse cuando la clasificación profesional de un convenio colectivo “rebelde” a la adaptación ordenada por la Disposición Adicional 9ª de la Ley 3/2012 no se realizara por medio de grupos sino únicamente de categorías profesionales, de manera que, en estos casos, la impugnación por los legitimados del convenio colectivo en cuestión no sería suficiente para “crear” una nueva clasificación profesional basada en grupos profesionales. No obstante lo cual, se ha dicho también que la “inmovilidad” del convenio colectivo difícilmente podría impedir el ejercicio por una empresa de la movilidad funcional de manera acorde con lo dispuesto por el citado Texto legal (García Perrote). Reflexión, esta última, un tanto “voluntarista” que, sin embargo, puede tener una difícil materialización en algunas de las hipótesis examinadas.

Alguna otra opinión doctrinal, en respuesta también al interrogante que se plantea, afirma que, una vez agotado el indicado período de gracia sin que los convenios colectivos hayan adaptado su sistema de clasificación profesional a los grupos profesionales, habrá de estarse al concepto legal de grupo profesional dispuesto en el artículo 22.2 del ET, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello puede provocar, habida cuenta de que dicha definición se erige sobre conceptos jurídicos indeterminados, lo que conducirá el asunto a la interpretación judicial del caso concreto (Roquetas Buj). En este sentido, desde la perspectiva sindical, cabría apelar a la sensibilización de los Jueces de lo Social de cara a las controversias futuras en aquellos supuestos donde, efectivamente, la situación descrita pueda abrir márgenes más o menos amplios de discrecionalidad judicial.

En cualquier caso, las incógnitas que trasladan a futuro -con versiones distintas como se ha visto- algunas de las valoraciones doctrinales

examinadas, cuando analizan el tratamiento que pueda tener en cada supuesto concreto una posición reacia de los convenios colectivos a hacer buena la previsión que refiere la Disposición Adicional 9ª de la Ley 3/2012 dentro del plazo concedido a esos efectos –un año-, parecen abrir resquicios suficientes para sostener, de cara a futuras controversias jurídicas que puedan darse sobre la cuestión que se debate, cómo resulta más ajustado jurídicamente mantener la permanencia del sistema de clasificación profesional al modo en que constaba en el convenio colectivo no adaptado –con incumplimiento, cierto es, del mandato que refiere la Disposición Adicional 9ª de la Ley 3/2012-, que aventurar soluciones “imaginativas” para hacer buena una aplicación “forzada” del nuevo contenido dado al artículo 22 del ET. Argumento de oposición susceptible de invocarse respecto de los convenios colectivos preexistentes a la reforma laboral de 2012. Solución distinta merecerían, lógicamente, aquellos convenios colectivos posteriores, cuya falta de observancia del nuevo sistema de clasificación que instaura la norma de aplicación (artículo 22 del ET), al modo en que se ha visto, daría lugar a una intervención correctora a cargo de la Autoridad Laboral, con ocasión del cumplimiento de las funciones que le son propias de recibir y registrar los convenios laborales acordados y disponer su publicación en el boletín oficial que corresponda según el ámbito de aplicación del mismo.

d) ¿Cómo debe interpretarse el hecho de que la nueva redacción del apartado 1 del artículo 39 del ET no contenga ninguna mención al grupo profesional?

El hecho de que la nueva redacción del artículo 39.1 del ET no contenga mención alguna al grupo profesional, problemas de titulación académica o profesional aparte, no desmiente que el grupo profesional sea el límite de la movilidad funcional “ordinaria” y no causal reconocida en aquel apartado.

e) ¿La supresión de las categorías profesionales puede tener consecuencias en orden a un eventual replanteamiento de los salarios a percibir por los trabajadores?

Algún representante de la doctrina se ha hecho eco de este interrogante, de manera que la supresión de las categorías profesionales debería obligar a un replanteamiento en cuanto a los salarios bases y los complementos salariales que deben percibir los trabajadores por razón de las características de los puestos de trabajo desempeñados en cada momento o por la forma de realizar la actividad profesional cuando comporte una conceptualización específica dentro del grupo profesional (Roquetas Buj).

Desde la perspectiva sindical, convendría considerar este argumento para tratar de salvar en lo posible la defensa de los estándares retributivos de los trabajadores, sobre todo, frente a eventuales tentaciones empresariales de justificar una rebaja generalizada en los salarios bajo cualquiera de los conceptos citados, salarios bases y complementos salariales, precisamente, con base en esa supresión de las categorías profesionales. En este sentido, como línea de argumentación habría que rechazar cualquier intento de aprovechar la nueva coyuntura para justificar hipotéticas rebajas salariales

apelando a elementos como las características de los puestos de trabajo desempeñados en cada momento o la forma de realizar la actividad profesional para el caso de que comporte una conceptualización específica dentro del grupo profesional.

En definitiva, no puede validarse la “generalización” que supone sustituir categorías profesionales por grupos profesionales, como herramienta de discrecionalidad empresarial en el contexto de la movilidad funcional y, simultáneamente, validar en paralelo una tendencia contraria de “individualización” atendiendo a los parámetros referidos -características de los puestos de trabajo desempeñados en cada momento, de un lado, y forma de realizar la actividad profesional cuando comporte una conceptualización específica dentro del grupo profesional, de otro lado-, como argumento para justificar una “reconsideración” de los salarios bases y los complementos salariales que deben percibir los trabajadores. Replanteamiento que constituiría un eufemismo para adoptar “rebajas” en la práctica totalidad de los supuestos donde pudiera plantearse una hipótesis como la analizada.

f) ¿Qué consecuencias tiene para el ejercicio de la movilidad funcional descendente la supresión de unas necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva?

La supresión para el ejercicio de la movilidad funcional descendente de la concurrencia de unas necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva, ha llevado aparejada una segunda eliminación, en relación con el deber del empresario de notificar a los representantes de los trabajadores estas necesidades, de modo que el régimen jurídico aplicable a esta modalidad de movilidad funcional no sólo ha ensanchado su ámbito de actuación, sino también su flexibilidad formal. Desde la perspectiva sindical, la situación que se describe debería traducirse en un empeño por recabar de los Jueces de lo Social un mayor rigor en la verificación de las razones técnicas u organizativas que justificarían pretendidamente la movilidad funcional para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores. Un rigor extensible asimismo respecto al cumplimiento por el empresario de su deber de comunicar su decisión así como las razones de la misma a los representantes de los trabajadores, por más que ahora no existan ya para la movilidad funcional descendente esas referencias precisas, suprimida aquella alusión a la concurrencia de unas necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva.

Afirmación que se reafirma también con una interpretación sistemática de los artículos 39, 40 y 41 del ET, según las reglas establecidas en el párrafo segundo del artículo 64.5 del mismo Texto legal, en tanto los supuestos de ejercicio de todas las decisiones empresariales de modificación vinculadas con los preceptos enumerados provocan “cambios relevantes” en la organización de la empresa y en los contratos de trabajo, de forma que el empresario, sea cual fuere el número de trabajadores afectados, habría de informar y consultar a los representantes de los trabajadores con carácter preceptivo y previo a la adopción de la decisión empresarial sobre flexibilidad interna pretendida. Y así, en unos casos, los derechos de información y consulta se sujetarían a las

reglas especiales establecidas en los artículos 40 y 41 del ET; mientras, en otros casos, tales derechos se ejercitarán conforme a las reglas comunes prevenidas en el artículo 64 del ET (Valdés Dal Ré).

Por lo demás, la eliminación que contiene la nueva redacción del artículo 39.2 del ET, respecto de encomienda de funciones inferiores, a esa justificación por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva, casa mal -o si se quiere resulta contradictoria- con el refuerzo que refiere la Ley 3/2012 sobre el artículo 23 del ET, en relación con la promoción y formación profesional en el trabajo. Argumento éste que podría utilizarse también como refuerzo adicional de las tesis en defensa de los trabajadores, dentro de la materia que nos concierne.

g) ¿Cómo se conjugan la redacción vigente del artículo 39 del ET con las previsiones dispuestas en el II AENG 2012-2014?

Dentro de la denominada flexibilidad “ordinaria”, el II AENG 2012-2014, además de mediante grupos profesionales, admite la clasificación profesional mediante “divisiones funcionales”. Por lo demás, merece subrayarse también que el II AENG 2012-2014 prevé una llamada flexibilidad “extraordinaria temporal”, entre otras materias, en “movilidad funcional”.

En términos generales, las previsiones del II AENG 2012-2014 coinciden con las de la nueva redacción del artículo 39 del ET, si bien debe llamarse la atención, en primer lugar, sobre la sorprendente mayor amplitud causal del II AENG 2012-2014, toda vez que admite las razones “económicas y de producción” y no sólo, como hace el artículo 39.2 del ET, las técnicas y organizativas. En segundo lugar, el II AENG 2012-2014 especifica que el empresario ha de informar con la “máxima celeridad” a los representantes de los trabajadores y promueve la intervención de la comisión paritaria y, en su caso, de “los servicios de mediación y arbitraje” en caso de “desacuerdo”. Finalmente, el II AENG 2012-2014 establece que “en todos los casos de movilidad funcional (extraordinaria) debiera garantizarse la información, idoneidad y formación sobre las nuevas funciones y el respeto a la dignidad y al desarrollo profesional”.

3. Problemas prácticos en la movilidad geográfica

a) ¿Cómo se flexibilizan las causas habilitantes de la movilidad geográfica y qué consecuencias tiene sobre el control judicial de la decisión empresarial?

Tras la nueva redacción dada por la Ley 3/2012 al apartado 1 del artículo 40 del ET, las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican la movilidad geográfica son las que están relacionadas con “la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial”. Definición que reproduce en términos similares el artículo 41.1 del ET en relación con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con la

única diferencia de que en este último precepto no se mencionan las contrataciones referidas a la actividad empresarial.

En consecuencia, deja de decirse, como el artículo 40.1 del ET decía en su versión precedente, que se entiende que concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de la movilidad geográfica cuando “la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

Se ha producido pues una notable suavización –cabría decir desvirtuación- de las causas habilitantes de la movilidad geográfica, de modo que, conforme a la redacción vigente del precepto de aplicación, basta con que la empresa acredite la relación del traslado con “la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial”. Causas que han sido definidas por la doctrina laboralista como “vagas e indefinidas, pero de indudable amplitud” (García-Perrote). En este sentido, debe traerse asimismo a colación lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 138 de la LRJS, cuando refiere el deber de la empresa de acreditar las razones que invoca “respecto de los trabajadores afectados”.

Por lo que se refiere al control judicial sobre la decisión empresarial en la materia que nos ocupa, se ha afirmado que, aunque quizás de forma menos acusada que en el despido colectivo, el control judicial de las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica abandona todo juicio predictivo de futuro y de valoración finalista, de tan difícil prueba (la contribución de la medida empresarial “a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”), y se ciñe ahora a la concurrencia de la razón y de los hechos que la empresa alega y debe acreditar relacionados con su “competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo”, así como con “las contrataciones referidas a la actividad empresarial” (García Perrote).

No obstante, desde la perspectiva de defensa de los intereses sindicales, la valoración expresada en el párrafo anterior puede –y debe- ser objeto de una reformulación, en el sentido de reivindicar el mantenimiento del control judicial en materia de movilidad geográfica, de aplicación a cada controversia concreta. Control judicial que resulta actualmente, con la redacción vigente de la norma de aplicación, si cabe más trascendente, habida cuenta de la degradación que ha dispuesto el legislador –bastante más que una mera suavización-sobre las causas habilitantes de la movilidad geográfica. Paradójicamente, la voluntad del legislador de degradar con carácter general en el texto de la norma, en este caso, las causas habilitantes de la movilidad geográfica, trasladan sobre el Juez de lo Social un compromiso mayor a efectos de verificar su concurso o su presencia efectiva en cada hipótesis concreta. Argumento éste que debería invocarse de manera reiterada ante los

Jueces de lo Social en las controversias futuras que puedan suscitarse sobre la materia.

b) ¿Cómo juega el deber de buena fe en este contexto de pseudo desvirtuación legal de las causas justificativas de la movilidad geográfica?

La nueva redacción de la norma legal no establece una conexión entre la modificación pretendida y la finalidad que se pretende alcanzar por medio de la misma, con lo que se vendría a negar a los órganos judiciales un control sobre la racionalidad y proporcionalidad de la medida. De este modo, se otorga al empresario un poder prácticamente omnímodo para trasladar a los trabajadores y modificar sustancialmente sus condiciones de trabajo, sin más límites que la buena fe, el abuso del derecho, el fraude de ley y los derechos fundamentales de los trabajadores, que vedan las medidas modificativas que bien obedecen a una razón arbitraria o caprichosa de la empresa, bien vulneran un derecho fundamental del trabajador (por ejemplo, la garantía de indemnidad), bien se adoptan para no cumplir la sentencia sobre readmisión en un despido nulo.

Ciertamente, el ET proclama de modo expreso el deber general del empresario de ejercer de modo “regular” –y en la regularidad entra el actuar de buena fe, al que se opone la conducta abusiva- su poder directivo (artículos 5.c) y 20.2 del ET). Dicho deber obliga al empresario a adecuar su libertad de decisión, más allá de los que pudieran considerarse sus puros intereses egoístas, a los intereses objetivos de la empresa, a los que no son ajenos los trabajadores, y se opone a que el empresario pueda adoptar decisiones abusivas o fraudulentas que lesionen los derechos de éstos. En cualquier caso, la norma laboral contrasta abiertamente con la norma de derecho común, que prohíbe dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos (artículo 1256 del Código Civil). Y así, la ampliación del poder de dirección obliga, a su vez, a replantear una intensificación en el empleo de mecanismos como, por ejemplo, el deber de buena fe, que pueden resultar funcionales para conseguir una regulación flexible y cambiante de la relación laboral, sorteando al propio tiempo los riesgos que derivan de la aceptación de una lógica organizativa-productiva. Elementos éstos que debieran considerarse, desde una perspectiva sindical, para su invocación ante los Jueces de lo Social, tanto más importantes cuanto mayor sea el empeño del legislador en restar capacidad de respuesta a los trabajadores frente al conjunto de las decisiones empresariales.

c) ¿Qué consecuencias comporta la eliminación de la intervención de la autoridad laboral en la redacción actual del artículo 40.2 del ET?

La segunda modificación de importancia en la nueva redacción del artículo 40 del ET viene dada por la eliminación de su apartado 2 de la posible paralización de la efectividad del traslado colectivo hasta seis meses que podía decidir la autoridad laboral con anterioridad al RD-L 3/2012, sustituido después, sin ninguna alteración en este sentido, por la Ley 3/2012. De esta forma, quedan así materialmente derogados los artículos 29 a 33 del Reglamento de

los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por el RD 801/2011, de 10 de junio.

Desde la perspectiva de defensa sindical, la eliminación de la intervención de la autoridad administrativa que conlleva la nueva redacción del artículo 40.2 del ET debería aprovecharse para tratar de responsabilizar, en todo lo posible, la garantía de los derechos de los trabajadores con base en el control judicial de la medida de movilidad geográfica, por más que suponga contrariar la tendencia evidente que manifiesta el legislador con el nuevo tratamiento legal de las causas –económicas, técnicas, organizativas o de producción-, como se ha tenido ocasión de analizar. Y ello, precisamente, con el refuerzo en la responsabilidad que deriva de esa labor de control judicial, consecuente con la supresión de esa posibilidad de paralización de la efectividad del traslado por un período de tiempo que podía alcanzar hasta seis meses con la redacción anterior del precepto, a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifiquen. De este modo, la estrategia sindical se ve obligada, con el nuevo tratamiento legal, a centrar sus argumentos de oposición en negar la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el traslado de trabajadores.

d) ¿Qué supone el establecimiento de prioridades de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad?

La modificación que introduce la Ley 3/2012 en el artículo 40 del ET, concretamente, en su apartado 5, consiste en que, manteniéndose y respetándose la tradicional prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, se establece ahora que “mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”. Previsión idéntica a la que reproduce el mismo Texto legal en materia de despido colectivo, conforme a la nueva redacción del artículo 51.5 del ET.

Desde el punto de vista de la estrategia sindical, se debe subrayar, en primer lugar, la conclusión de que la apertura novedosa a nuevos grupos de trabajadores en relación con la prioridad de permanencia, siempre y cuando se pacte en convenio colectivo o en acuerdo alcanzado durante el período de consultas, en nada desvirtúa la garantía tradicional de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores. A partir de semejante premisa, desde esa misma estrategia de defensa de los derechos de los trabajadores, debería aprovecharse el nuevo flanco que abre la norma para incluir el máximo número posible de trabajadores, y tratar así de minimizar los efectos perniciosos sobre el conjunto de trabajadores que conlleva toda decisión empresarial de traslado.

Por lo demás, la redacción vigente del artículo 40.5 del ET plantea no pocos interrogantes en relación con los nuevos criterios de preferencia. Por

ejemplo, respecto del concepto de “cargas familiares”, concepto cuyo contenido pueda dar lugar a resultados muy heterogéneos, de igual modo que se ha planteado alguna duda de constitucionalidad sobre el mismo desde la perspectiva de la libertad personal de aquellos trabajadores que no tienen hijos porque así lo han decidido. Máxime cuando el referente de la conciliación familiar queda completamente marginado o ausente de la lógica que proyecta la Ley 3/2012 sobre las distintas instituciones afectadas bajo esa órbita de flexibilidad interna. Del mismo modo que pueden también plantearse problemas asociados con los criterios de preferencia a asumir para el caso de que concurren trabajadores con discapacidad, víctimas de violencia de género, etc., una vez que la norma no incluye criterios de ordenación a este respecto.

e) ¿Se debe interpretar la nueva previsión del artículo 40.5 del ET como un listado abierto o un listado cerrado respecto de los colectivos enumerados susceptibles de un tratamiento prioritario de permanencia?

La relación de trabajadores a cuyo favor se pueden establecer prioridades de permanencia es meramente ejemplificativa (Roquetas Buj). Ahora bien, el elemento diferenciador entre los trabajadores no puede ser uno de los prohibidos constitucional (artículo 14 de la CE) ni legalmente (artículo 17.1 del ET), como, por ejemplo, los vínculos de parentesco con trabajadores o personas relacionadas con la empresa.

Desde el punto de vista de la estrategia sindical, de defensa de los derechos de los trabajadores, con la redacción vigente del artículo 40.5 del ET podría defenderse el carácter abierto de la apertura que ofrece la norma, en relación con la prioridad de permanencia, a favor de otros colectivos, pudiendo interpretar que la enumeración de colectivos de trabajadores que dispone el precepto lo es a título meramente ejemplificativo, sin que de ningún pasaje de la norma pueda deducirse su carácter cerrado o excluyente, con la garantía que supone además el hecho de que la extensión prevista por la norma debe pasar por su inclusión en convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas. De esta forma, la posibilidad de aumentar los colectivos de trabajadores beneficiados o favorecidos por una prioridad de permanencia, junto con la que corresponde *prima facie* a los representantes legales de los trabajadores, puede ser una buena estrategia para tratar de minimizar, como se exponía en líneas anteriores, los efectos perniciosos de la medida de traslado dispuesta por el empresario, aunque nada más fuera por la reducción en el número de trabajadores afectados.

f) ¿La apertura hacia otros colectivos de trabajadores respecto a la prioridad de permanencia en un supuesto de traslado modifica la prioridad de permanencia de los representantes legales?

La respuesta al interrogante planteado es claramente negativa. La apertura hacia otros colectivos de trabajadores, en relación con la prioridad de permanencia en un supuesto de traslado de trabajadores, no varía en nada el estatus jurídico otorgado tradicionalmente a la prioridad de permanencia respecto de los representantes legales de los trabajadores. De esta manera, el precepto de aplicación –artículo 40.5 del ET- vendría así a configurar un doble

régimen jurídico, conforme al cual la prioridad de permanencia respecto de los representantes legales de los trabajadores, dispuesta en los mismos términos que la redacción pretérita de la norma, tiene un sustento legal en términos de imperatividad, como se infiere del dictado del precepto cuando refiere que “Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo a que se refiere este artículo” (Primer inciso del artículo 40.5 del ET). Por el contrario, la posibilidad que abre para la extensión de semejante derecho, en términos de prioridad de permanencia, a favor de trabajadores de otros colectivos, se concibe con un carácter eminentemente dispositivo, a partir de un doble mecanismo para su materialización, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas. Carácter facultativo que confirma la propia redacción del precepto, cuando refiere literalmente que “se podrán establecer prioridades de permanencia”.

g) ¿Deberían incluirse necesariamente todos los trabajadores pertenecientes a cualesquiera de los colectivos que se pacte, o cabría la elección únicamente de determinados trabajadores pertenecientes a esos colectivos?

Siempre a partir de la nueva posibilidad que ofrece la redacción vigente del artículo 40.5 del ET, para el caso de hacer buena la extensión que ofrece la norma en relación con la prioridad de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos, la redacción del precepto de aplicación considera el establecimiento de prioridades de permanencia, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas, a favor de trabajadores de otros colectivos, y no respecto de otros colectivos de trabajadores. El matiz es importante para sostener que la apertura consignada en convenio colectivo o en acuerdo alcanzado durante el período de consultas puede tener como destinatarios trabajadores de cualesquiera de los grupos que enumera –u otros que no menciona expresamente según la tesis que sostenemos-, mas de esa interpretación no se puede colegir una obligación de incluir a todos y cada uno de los trabajadores que integran dichos colectivos.

h) ¿Con qué base se sostendría semejante elección sin entrar en un problema de discriminación o vulneración del principio de igualdad?

Efectivamente, cosa distinta será el criterio que justifique en cada caso la elección de unos trabajadores u otros pertenecientes a alguno de los colectivos que contempla la norma a la hora de hacer buena la previsión normativa de extender esa prioridad de permanencia, dando lugar, en su caso, a eventuales problemas vinculados con la discriminación o la vulneración del principio de igualdad, según cómo se haya hecho efectiva esa elección de trabajadores, y siempre, por tanto, que no se hayan incluido la totalidad de trabajadores pertenecientes a cualesquiera de los colectivos que enumera el artículo 40.5 del ET –o trabajadores de otros colectivos análogos-.

i) ¿Cómo juega la posibilidad que abre el artículo 40.5 del ET respecto al establecimiento de una prioridad de permanencia a favor de las mujeres?

En cuanto a la posibilidad de establecer una prioridad de permanencia a favor de las mujeres, debe traerse a colación lo dispuesto en el artículo 17.4 del ET, a cuyo tenor “la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones”, pudiendo “establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate”. De este modo, cabe entender que la negociación colectiva podrá establecer prioridades de permanencia en la empresa a favor del género menos representado en el grupo profesional de que se trate.

4. Problemas prácticos en la modificación sustancial de condiciones de trabajo

a) ¿Qué argumentos cabría invocar para contrarrestar la flexibilización de las causas empresariales?

En primer lugar, de forma coincidente con lo sucedido respecto de la movilidad geográfica, la Ley 3/2012 considera que las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican la modificación sustancial de condiciones de trabajo son las que están relacionadas con “la competitividad, productividad, u organización técnica o del trabajo en la empresa”, conforme al nuevo inciso segundo del párrafo primero del artículo 41.1 del ET. En consecuencia, deja de decirse -como se decía con anterioridad al RD-L 3/2012-, que se entiende el concurso de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de la modificación sustancial cuando “la adopción de medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

Al igual que sucede respecto de la movilidad geográfica, se desvirtúan completamente las causas que habilitan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pues bastaría con acreditar la relación de la modificación con “la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”. Causas vagas e indefinidas, pero de indudable amplitud (García Perrote). Por su parte, como dispone el párrafo primero del apartado 7 del artículo 138 de la LRJS, la empresa ha de acreditar las razones que invoca “respecto de los trabajadores afectados”.

Se ha dicho cómo, en todo caso, aunque quizás de forma menos acusada que en el despido colectivo -afirmación extensible también para la movilidad geográfica-, el control judicial de las decisiones empresariales en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo abandona

todo juicio predictivo de futuro y de valoración finalista, de tan difícil prueba (la contribución de la medida empresarial “a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”), limitándose ahora a verificar la concurrencia de la razón y de los hechos que la empresa alega y debe acreditar relacionados con su “competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo” (García Perrote).

No obstante lo anterior, desde la perspectiva sindical defensora del interés de los trabajadores, para futuras controversias judiciales, debe reivindicarse, en primer lugar, la vigencia de una interpretación rigurosa acerca de la presencia de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, por más que el inciso segundo del artículo 41.1 del ET -que introduce el RD-L 3/2012 y mantiene en los mismos términos la Ley 3/2012- distorsiona completamente el significado de las mismas, cuando identifica las razones listadas con aquellas relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

De este modo, la pretendida “aclaración” o “acotación” legislativa que contiene el inciso segundo del artículo 41.1 del ET no hace sino otorgar un sesgo de universalidad a cada una de las causas invocadas, por mejor decir de vacuidad o banalidad, una vez que la práctica totalidad de las actuaciones empresariales tendrían una traducción –mayor o menor, claro, también insignificante- en términos de competitividad, productividad, organización técnica o del trabajo en la empresa. No obstante, semejante pretensión legislativa, claramente “empobrecedora” de cara a la apreciación judicial del concurso de las causas enumeradas, no puede separarse sino que debe vincularse con la entidad “sustancial” de las condiciones de trabajo modificadas, sumado al hecho de que la existencia de las razones debe de estar “probada”, y por tanto no solamente intuida de forma más o menos indiciaria. O expresado en otros términos, a pesar del intento del legislador por reducir a su mínima expresión el margen de control judicial respecto de la actuación empresarial en la materia que analizamos, con ocasión de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la entidad sustancial de las modificaciones acordadas, así como la necesidad de su existencia probada, deviene claramente incompatible con el intento de “justificar” semejante actuación prácticamente con base en cualquier actuación empresarial, una vez que los referentes de análisis dispuestos por la nueva redacción de la norma, en alusión a la competitividad, productividad, organización técnica o del trabajo en la empresa, no incorporan en verdad ningún condicionante que limite la actuación empresarial.

De otro lado, debiera subrayarse asimismo cómo el ejercicio del poder extraordinario que supone la modificación sustancial de condiciones de trabajo a cargo del empresario, identificado actualmente como medida de flexibilidad interna, siempre ha puesto en cuarentena, y ahora con mayor razón, uno de los principios rectores del derecho común de la contratación, por referencia a aquél que prohíbe dejar al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de los

contratos, con una materialización específica en el artículo 1256 del Código Civil.

Finalmente, la doctrina laboralista también ha incidido cómo no es lo mismo mejorar las condiciones legales o convencionales a favor de algunos trabajadores que empeorar las condiciones de trabajo previstas en un acuerdo colectivo o convenio colectivo no estatutario en perjuicio sólo de un grupo de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, de manera que, en este último supuesto, el empresario deberá acreditar, no sólo la concurrencia de un sustrato nuevo o diferente desde la perspectiva económica, técnica, organizativa o productiva, sino también que la medida adoptada cuenta con una justificación objetiva y razonable (Roquetas Buj).

Para concluir, en relación con la materia que nos ocupa, debe hacerse mención de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia número 61/2012, de 28 de mayo (AS 2012, 1050), en relación con la lectura que hace acerca de la acreditación de las causas económicas y los problemas generales de competitividad y productividad, que justifican la adopción de la medida adoptada, en aplicación del artículo 41.1 del ET, en la nueva redacción dada al mismo por el RD-L 3/2012 –mantenida en sus mismos términos por la Ley 3/2012-.

En este sentido, lo más relevante de su doctrina, a los efectos que interesan desde la perspectiva sindical, es cuando afirma que la exigencia de probar las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y su relación con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, introducida por la nueva versión del artículo 41.1 del ET, revela que **“no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo”**.

b) ¿Qué efectos tiene la mención a los ingresos ordinarios y a la disminución persistente durante dos trimestres consecutivos del nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre si es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior?

La nueva redacción del artículo 82.3 del ET afirma el concurso de causas económicas, en referencia a los ingresos ordinarios, así como a la disminución persistente durante dos trimestres consecutivos del nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre si es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Previsiones que pueden servir de base para interrogarse acerca de algún cambio de planteamiento en la valoración de las concurrencias de las razones económicas que previene el artículo 41.1 del ET.

Desde la perspectiva sindical, de cara a futuras controversias, el contraste entre las precisiones que incorpora el legislador para definir la

conurrencia de causas económicas, tratando claramente de restar espacio al control judicial en orden a la razonabilidad de las causas, vinculadas tanto con la extinción del contrato (artículos 51 y 52.c del ET), así como respecto de la posibilidad de descuelgue (artículo 82.3 del ET), de un lado, y la “universalidad” absoluta o falta de concreción que se desprende del nuevo inciso, el segundo -incorporado por el RD-L 3/2012 y mantenido en los mismos términos por la Ley 3/2012- al artículo 41.1 del ET, de otro lado, son argumentos que sumados abren, o pueden abrir, espacios para objetar la presencia de razones económicas –pero también técnicas, organizativas o de producción- en una controversia dada, apelando una vez más a la necesidad de valorizar semejantes causas, a pesar de los designios del legislador, en tanto que legitimadoras para el ejercicio por parte del empresario de esa facultad extraordinaria que supone la modificación de una concreta condición de trabajo pactada o novadas, coherente también con el procedimiento exigido –bien que ahora devaluado- para que una decisión empresarial de semejante tenor pueda tener una calificación como jurídicamente regular.

c) ¿En qué se traduce la nueva redacción del artículo 41.1.d) del ET con la inclusión expresa de la cuantía salarial?

La segunda modificación de calado que introduce el artículo 41 del ET, en la versión vigente con la Ley 3/2012, consiste en la inclusión expresa de la “cuantía salarial” como una de las condiciones de trabajo susceptibles de modificación, conforme a la nueva redacción dada en el artículo 41.1.d) del ET. Asimismo, a partir del citado RD-L 3/2012 y mantenido en los mismos términos por la Ley 3/2012, también el cambio de la cuantía salarial, así como el del sistema de remuneración y de las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET, permiten al trabajador perjudicado por la modificación sustancial extinguir su contrato de trabajo percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses (nueva redacción del párrafo segundo del apartado 3 del artículo 41 del ET). Hasta el RD-L 3/2012, esta indemnización sólo la percibía el trabajador perjudicado por la modificación sustancial en los supuestos cambios en jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos.

Algún representante de la doctrina laboralista ha minimizado el cambio que incluye la nueva versión del artículo 41.1.d) del ET respecto de la inclusión de la cuantía salarial, toda vez que la modificación de las cuantías salariales establecidas en los contratos de trabajo o acuerdos o convenios colectivos no estatutarios ya se aceptaba por los tribunales laborales (Roquetas Buj). Sin embargo, desde la perspectiva sindical no puede dejar de subrayarse la importancia que comporta el consignar dentro del precepto de aplicación una mención expresa a la cuantía salarial, aprovechando semejante circunstancia para incidir ante los tribunales en la necesidad de reforzar el control judicial en aras de verificar en cada hipótesis concreta la concurrencia de la causa habilitante respecto de esa modificación sustancial vinculada de un modo explícito con la cuantía salarial.

d) ¿La inclusión de la cuantía salarial condiciona el debate acerca del carácter abierto o cerrado del listado de condiciones que contiene el artículo 41.1 del ET?

El cambio efectuado por el legislador en el catálogo de condiciones de trabajo que quedan sujetas para su modificación al régimen jurídico ex artículo 41 del ET, con la inclusión de la cuantía salarial, puede servir de base para interrogarse acerca de si semejante actuación incorpora algún elemento novedoso en el debate doctrinal y jurisprudencial sobre el carácter abierto o cerrado del listado de condiciones del artículo 41.1 del ET.

En este sentido, la modificación operada en el artículo 41.1.d) del ET, bajo la fórmula de “sistema de remuneración y cuantía salarial”, deja claro ahora la inclusión de la cuantía salarial como nueva modificación sustancial ex artículo 41.1.d) del ET. Conclusión ésta inobjetable, habida cuenta de la nueva redacción de la norma. No obstante, desde una posición favorable a los intereses sindicales, semejante conclusión puede aprovecharse para defender, al margen ya de la cuantía salarial –cuya inclusión el legislador dispone ahora de manera expresa-, en relación con cualesquiera otras hipótesis distintas, una interpretación favorable al carácter cerrado del listado de condiciones de trabajo dispuesto en el artículo 41.1 del ET. Y de este modo, *a sensu contrario*, evitar hipotéticas tentaciones de ampliar las materias que no incluye expresamente la norma, sobre la base de una interpretación abierta o extensiva del listado que refiere el precepto citado. Ciertamente, una victoria “menor” frente a la trascendencia que supone la inclusión de la cuantía salarial dentro del catálogo de condiciones de trabajo sujetas a la modificación sustancial ex artículo 41 del ET, cuya invocación no obstante puede resultar oportuna como argumento de oposición para controversias futuras.

e) ¿La inclusión de la cuantía salarial refuerza el criterio de rigor para la apreciación judicial de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción?

Por más que la intencionalidad del legislador sea exactamente la contraria, como evidencia el inciso segundo del artículo 41.1 del ET, lo cierto es que la inclusión de una referencia tan importante como la cuantía salarial en el listado de materias objeto de modificación sustancial, por contraposición con la redacción pretérita que hablaba únicamente de “sistema de remuneración”, constituye una variación trascendente que debería invocarse como argumento de refuerzo para apreciar la concurrencia de la causa (económica, técnica, organizativa o de producción) que legitima el ejercicio por parte del empresario de una facultad extraordinaria en que consiste la modificación de una concreta condición de trabajo pactada o novadas.

f) ¿Resulta constitucional la modificación unilateral por el empresario de acuerdos colectivos?

Desde una perspectiva sindical, de defensa de los derechos de los trabajadores, pueden invocarse argumentos para sustentar una tesis contraria a la constitucionalidad sobre el interrogante que se plantea, con base en la

fuerza vinculante de los convenios colectivos que garantiza el artículo 37.1 de la CE. Semejante garantía, propia de un modelo promocional de negociación colectiva como el que configura el precepto citado, obliga al legislador a respetar la fuerza vinculante de todos los convenios colectivos, no sólo de los resultantes del ejercicio del derecho constitucional a negociar. El legislador debe así respetar la titularidad sindical y el contenido esencial de la negociación colectiva, pudiendo añadir titulares de configuración legal y ampliar el contenido con otras facultades. Y el legislador debe garantizar la fuerza vinculante de todos los convenios y acuerdos colectivos, tanto de los suscritos por los titulares sindicales como por los titulares de mera configuración legal. La fuerza vinculante constituye, por tanto, un límite dirigido al legislador en la articulación del tipo de convenio colectivo, con independencia de que los negociadores sean titulares constitucionales o legales del derecho.

A partir de esta premisa, la interpretación jurídica de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, que expresa el artículo 37.1 de la CE, es la clave para situar los resultados de la negociación colectiva en nuestro sistema de fuentes de regulación del trabajo. La proyección directa e inmediata de este atributo constitucional y, en lo que es trascendental, su consideración de límite a la actuación legislativa, convierten la fuerza vinculante del convenio colectivo en elemento clave del principio de autonomía colectiva en la regulación laboral. De esta forma, la posición del convenio colectivo en el marco constitucional de fuentes laborales depende del significado jurídico de la fuerza vinculante, que ejerce así de cimiento sobre el que se sustenta toda la regulación de condiciones de trabajo (Lahera Forteza).

El cotejo de los argumentos señalados con la nueva regulación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo que instaura el RD-L 3/2012 –y mantiene la Ley 3/2012-, según la redacción vigente del artículo 41 del ET, permitiría, cuando menos cuestionar, la constitucionalidad de la modificación unilateral por el empresario de los acuerdos colectivos, considerando distintos argumentos analizados sobre la base del nuevo régimen jurídico vigente. Sin ir más lejos, la “descausalización” más o menos encubierta que supone conectar la existencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, con referentes absolutamente genéricos como la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Referencias que “aseguran” la presencia de esas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción sobre la práctica totalidad de decisiones, en forma de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que pueda adoptar el empresario, de manera que pierden todo su significado como criterios para “objetivar” la concurrencia real de cualesquiera de las razones enumeradas. Circunstancia que decanta de una manera definitiva esa unilateralidad a favor del empresario, sin el límite que supondría la conexión de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que se adopten con una configuración estricta sobre esos referentes de apreciación en orden a la existencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción.

De este modo, el significado de la fuerza vinculante que deriva del artículo 37 de la CE, con el sustento argumental que ofrece toda la jurisprudencia constitucional existente al respecto, cuando se conecta con la configuración actual del régimen jurídico dispuesto por la Ley 3/2012 sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, abriría así resquicios para cuestionar la constitucionalidad de la modificación unilateral de acuerdos colectivos. Desde el punto de vista de la estrategia a seguir en las controversias que se susciten ante los órganos jurisdiccionales, convendría solicitar del Juez de lo Social el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en la materia que se plantea, conforme previene el artículo 163 de la CE.

g) ¿Cabría reducir jornada por la vía del artículo 41 del ET siendo la reducción inferior al 10 por 100 o superior al 70 por 100?

La defensa de un posicionamiento sindical aconseja sustentar una respuesta negativa al interrogante que se plantea. Los argumentos que pueden invocarse para justificar semejante negativa ante una controversia judicial deben buscarse, en primer lugar, en la redacción invariada que contiene el artículo 47.2 del ET en relación con la materia que se suscita, cuando afirma, en el primer inciso, la facultad para reducir la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 47.1 del mismo Texto legal. Para, acto seguido, identificar el concepto de reducción de jornada, a los efectos que se analizan, dentro de los parámetros que van desde el 10 hasta el 70 por 100 de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual.

La existencia de semejante arco de actuación en relación con las posibilidades de reducción de jornada en el contexto que se analiza, en el umbral mínimo (10 por 100) y máximo (70 por 100), traslada implícitamente la idea de que las posibilidades que ofrece la norma en base a las anunciadas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, debe de tener una entidad mínima (que el legislador concreta en ese porcentaje mínimo del 10 por 100) y máxima (70 por 100), para justificar la idoneidad de la medida desde el punto de vista del interés empresarial. En el primer caso, para prevenir indirectamente un ejercicio caprichoso por parte del empresario, sin la entidad suficiente, reduciendo eventualmente la jornada de trabajo por debajo del umbral del 10 por 100. Y en el segundo caso, consignando un límite máximo, que el legislador cifra en el 70 por 100 de la jornada, computada igualmente sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual.

Semejantes argumentos, sustentados en la redacción vigente del artículo 47.2 del ET –que no varía con la reforma del RD-L 3/2012 ni de la Ley 3/2012-, deberían prevalecer en todo caso frente a cualquier invocación que adujera una solución distinta con base en la nueva redacción dada al artículo 41 del mismo Texto legal. Y ello, porque este último precepto lleva por rúbrica, precisamente, la de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Modificación “sustancial” que, en lo que afecta a la materia concreta de reducción de jornada respecta, no debería bajar del 10 por 100, por ser ese el

umbral mínimo que regula el artículo 47.2 del ET, ni debería superar tampoco el 70 por 100 por disponerlo así la norma como límite máximo, con la referencia siempre de la existencia obligada de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por más que su concurso quede ciertamente debilitado en la nueva redacción del artículo 41.1 del ET.

h) ¿Qué consecuencias sustantivas y procesales tiene la nueva delimitación entre modificaciones individuales y modificaciones colectivas?

La nueva redacción dada por el RD-L 3/2012 al artículo 41.2 del ET –que mantiene invariable la Ley 3/2012- define, sobre una nueva base, la delimitación entre lo que son modificaciones individuales y modificaciones colectivas, abandonándose la definición en función de la fuente de reconocimiento de la condición de trabajo. En la línea del despido colectivo, pasan a ser colectivas las modificaciones que superen determinados umbrales numéricos (exactamente los mismos que en caso de despido colectivo) e individuales las que se queden por debajo de esos umbrales.

A primera vista nos encontramos ante un mero cambio formal que clarifica y simplifica la aplicación de la norma. Sin embargo, dicha variación afecta a aspectos nucleares de la institución, habida cuenta las diferencias de régimen jurídico en torno al procedimiento de modificación y a la impugnación. En efecto, las modificaciones de carácter individual únicamente requieren, como en el caso de los traslados individuales, la notificación al trabajador y a sus representantes con una antelación mínima a la fecha de su efectividad y su impugnación solo es posible por el trabajador a través de la modalidad procesal especial del artículo 138 de la LRJS, cuya sentencia no es recurrible. En cambio, la modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, aunque también puede ser acordada por el empresario, debe ir precedida de un período de consultas/negociación con el contenido y el deber de negociar de buena fe expresados en el artículo 41.4 del ET, y es susceptible de impugnación colectiva a través de la modalidad procesal prevista en el artículo 153 de la LRJS. De esta manera, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que, en función de su origen, son colectivas *per se* podrán ser acordadas por decisión unilateral del empresario comunicada pero no negociada con los representantes de los trabajadores cuando tales modificaciones no afecten a un número de trabajadores inferior al legalmente señalado en el artículo 41.2 del ET.

i) ¿Podría legitimar un mayor rigor judicial en la apreciación de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción la nueva delimitación entre modificaciones individuales y modificaciones colectivas?

La revisión en profundidad del régimen de diferenciación entre modificaciones individuales y colectivas que supone la supresión del criterio de la valoración de la naturaleza de la fuente de fijación de la modificación, y la consiguiente vinculación del régimen jurídico en función de los umbrales de trabajadores afectados, con la ampliación respectiva del ámbito de las

modificaciones sustanciales de dimensión individual y la reducción del ámbito de las modificaciones sustanciales de carácter colectivo, pudiera alimentar una pretensión “compensadora” invocando un aumento en el rigor de la interpretación judicial en la apreciación de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en orden a la valoración de la actuación empresarial para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Efectivamente, desde la perspectiva sindical, es éste un argumento que debería invocarse, sobre todo porque la generalidad del inciso segundo del artículo 41.1 del ET, que introduce novedosamente el RD-L 3/2012 y mantiene invariable la Ley 3/2012, pudiera –debería- volverse en contra de las intenciones del legislador en la realidad de la práctica judicial a futuro. En efecto, resulta cuestionable, desde la argumentación jurídica, compatibilizar la facultad extraordinaria para el empresario que supone la modificación sustancial de condiciones de trabajo, de un lado, con esa desconsideración absoluta que evidencia el legislador para definir la presencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando las vincula con la práctica totalidad de actuaciones que puede llevar a cabo el empresario en la dinámica ordinaria de la actividad empresarial, de otro lado.

La solución que defendemos incidiría así en una lógica compensatoria sustentada en el rigor de la apreciación judicial, como un modo de contrarrestar el deterioro que supone, sin ir más lejos en el apartado procedimental, ausente la apertura de un período de consultas de no llegar al umbral de trabajadores afectados que refiere la norma, la dimensión ampliada que asumen ahora, después de la modificación operada con el RD-L 3/2012 y mantenida con la Ley 3/2012, las modificaciones sustanciales de dimensión individual.

j) ¿Qué argumentos cabría invocar en sede judicial ante la reducción en los plazos de los procedimientos que previene el artículo 41.3 y 41.5 del ET?

Como se sabe, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de “quince días” a la fecha de su efectividad, según la nueva redacción del párrafo primero del apartado 3 del artículo 41 del ET, mientras que con anterioridad al RD-L 3/2012, la antelación mínima que se exigía era de treinta días. Por su parte, la decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los “siete días” siguientes a su notificación, según la nueva redacción del párrafo primero del apartado 5 del artículo 41 del ET, en tanto que, con anterioridad al RD-L 3/2012, la decisión empresarial surtía efectos transcurridos treinta días.

En efecto, la reforma de 2012 ha reducido los plazos de los procedimientos que el empresario ha de observar para la implantación de la medida de flexibilidad pretendida, acortando de 30 días a 15 el plazo de comunicación por el empresario a los trabajadores afectados de su decisión de

modificar las condiciones de trabajo de carácter individual. Desde las tesis sindicales, de defensa de los intereses de los trabajadores, podría tratarse de aprovechar semejante disposición del legislador para invocar nuevamente ante el Juez de lo Social el carácter de facultad extraordinaria que constituye la modificación sustancial de una condición de trabajo pactada o novadas, de manera que la reducción drástica del plazo –de 30 a 15 días- debería compensarse, cuando menos, con una intensificación en el rigor del juzgador en aras de apreciar la existencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, entrando en la especificidad del supuesto concreto, por más que la norma incorpore como variables de referencia alusiones absolutamente genéricas en orden a la competitividad, productividad, organización técnica o del trabajo en la empresa. Incremento del rigor en el control judicial en aquellos resquicios donde hay margen que resulta coherente con la reducción, ciertamente drástica –de 30 a 15 días-, en el plazo de comunicación por el empresario a los trabajadores afectados de su decisión de modificar las condiciones de trabajo de carácter individual.

Argumentación ésta que se puede reproducir, si cabe con mayor rotundidad considerando la entidad del cambio operado, respecto de la decisión empresarial sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo, que habrá de ser notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo, surtiendo efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación (antes 30), según refiere la nueva redacción del artículo 41.5 del ET. En definitiva, la desvirtuación en el procedimiento en las dos versiones analizadas no debería conllevar, bien al contrario, y a pesar de la disposición del legislador claramente desfavorable en este sentido para los intereses del trabajador, una desvirtuación de la esencia que está en la base de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

k) ¿En qué se traduce la nueva formulación legal del artículo 50.1.a) del ET?

La redacción vigente del artículo 50.1.a) del ET refiere como causa que faculta al trabajador la solicitud indemnizada del contrato de trabajo “las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 del ET y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador”. Se abandona, por tanto, la referencia al perjuicio en la formación profesional y se introduce en el artículo 50.1.a) del ET la referencia al incumplimiento de lo previsto en el artículo 41 del ET. Mientras que, por su parte, la nueva redacción del párrafo segundo del apartado 3 del artículo 41 del ET deja de hacer la referencia que anteriormente contenía al artículo 50.1.a) del ET.

Los cambios enunciados podrían redundar en un estrechamiento de las posibilidades que ofrecía la redacción pretérita del artículo 50.1.a) del ET, si se considera la ampliación que proyecta el legislador en la aplicabilidad potencial del artículo 41 del ET, con el añadido de que semejantes cambios sin respetar lo previsto en este último precepto deben redundar asimismo en un menoscabo de la dignidad del trabajador. Seguramente, no va a resultar fácil apelar a esa vinculación automática entre adopción de modificaciones sustanciales en las

condiciones de trabajo sin respeto a lo previsto en el artículo 41 del ET y menoscabo de la dignidad del trabajador, advertido que la intencionalidad del legislador pudiera ir en la lógica, precisamente, de promocionar un fenómeno de sustitución, consistente en reducir significativamente los supuestos de aplicación del módulo indemnizatorio previsto para el artículo 50.1.a) del ET – en cuyo caso el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente-, para aumentar aquéllos con aplicación de la indemnización prevista en el párrafo segundo del artículo 41.3 del ET, esto es, 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. De este modo, desde la perspectiva sindical, de defensa de los derechos de los trabajadores, debería subrayarse como argumento recurrente en las controversias futuras este elemento intencional del legislador, para tratar de recabar de los Jueces de lo Social, a modo de compensación, una mayor sensibilidad consistente en asumir una lectura lo más amplia posible en la interpretación del menoscabo de la dignidad del trabajador para el caso de la promoción por el empresario de modificaciones sustanciales de trabajo sin observancia de lo previsto en el artículo 41 del ET.

l) ¿Qué efectos tiene la ampliación de supuestos en los que el trabajador podrá optar por extinguir la relación laboral por la vía del artículo 41.3 del ET?

La Ley 3/2012 supone una ampliación de los supuestos en los que el trabajador podrá optar por extinguir la relación laboral por la vía del artículo 41.3 del ET con derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. Antes, el trabajador solamente podía optar por la extinción indemnizada de su contrato por la vía del artículo 41.3 del ET si la modificación afectaba a las condiciones laborales relativas al tiempo de trabajo (jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, y sistema de trabajo a turnos) y resultaba perjudicado por la misma. El RD-L 3/2012 primero, y la Ley 3/2012 después, con idénticos términos, amplía las posibilidades resolutorias ex artículo 41.3 del ET a los supuestos en los que se produzca perjuicio en condiciones laborales relativas al sistema de remuneración y cuantía salarial y a las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET.

En contrapartida, se limita el otro mecanismo extintivo al que se refería de forma indirecta el artículo 41.3 del ET, esto es, el artículo 50.1.a) del ET, conforme al cual el trabajador afectado por la modificación podía obtener la resolución indemnizada del contrato, en una cantidad tasada correspondiente a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente, cuando las modificaciones sustanciales redundasen en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de su dignidad. En efecto, se suprime la referencia a la “formación profesional” en el nuevo artículo 50.1.a) del ET, respecto de las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo como causa de resolución unilateral del contrato por voluntad del trabajador, exigiendo ahora que las modificaciones sustanciales se lleven a cabo “sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del

trabajador”, reduciéndose ostensiblemente así el alcance de la causa resolutoria. De este modo, la mera existencia del perjuicio en la formación profesional no será motivo suficiente para que el trabajador pueda instar la vía extintiva prevista en el artículo 50 del ET, siendo necesario que la decisión modificativa empresarial sea declarada injustificada y que, además, redunde en menoscabo de la dignidad del trabajador.

II) ¿En qué se traduce la nueva redacción del artículo 41.6 del ET a partir del RD-L 3/2012, mantenida en los mismos términos por la Ley 3/2012?

La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del ET pasa a regularse por el artículo 82.3 del ET, abandonando así, salvo en materia de descuelgue salarial, su anterior inserción en el, tras la Ley 35/2010, apartado 6 del artículo 41 del ET. En efecto, la nueva redacción dada al artículo 41.6 del ET establece que la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del ET deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 del ET.

La modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 del ET pasa a circunscribirse así a “las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión del empresario de efectos colectivos”, según la nueva redacción del párrafo primero del apartado 2 del artículo 41 del ET.

Como se ha señalado ya, las exigencias causales de los artículos 41 y 82.3 del ET no son las mismas, de manera que las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que permiten realizar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo son las que están relacionadas con “la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa” (artículo 41.1 del ET). Mientras que las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1 del ET, permiten proceder, previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.1 del ET, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable del Título III del ET, sea este de sector o de empresa, que afecten a determinadas materias, son las mismas causas que las que permiten proceder al despido colectivo conforme al artículo 51.1 del ET, con la única diferencia de que en el artículo 82.3 del ET se habla de dos trimestres consecutivos, por contraposición con los “tres” trimestres consecutivos que refiere el artículo 51.1 del ET.

m) ¿Cómo se regula actualmente la impugnación de las decisiones empresariales de movilidad geográfica y de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo?

El artículo 138 de la LRJS establece que el proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no

se haya seguido –en lo que nos afecta- el procedimiento de los artículos 40 y 41 del ET. La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 59 del ET, “plazo que no comenzará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación, sin perjuicio de la prescripción en todo caso de las acciones derivadas por el transcurso del plazo previsto en el apartado 2 del artículo 59 del ET”.

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

El órgano jurisdiccional podrá recabar informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe versará sobre los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial en relación con la modificación acordada y demás circunstancias concurrentes. A este respecto, cabría interrogarse acerca del papel que podría tener el citado informe de la Inspección de Trabajo, una vez que su presencia parece concebirse por la norma en términos facultativos en lo que a su petición se refiere por parte del órgano jurisdiccional, del mismo modo que cabría también ahondar desde el interés procesal de los trabajadores en posibles motivos de controversia sobre el cumplimiento que observe dicho informe en relación con el contenido que le confiere el precepto.

Si una vez iniciado el proceso se plantease demanda de conflicto colectivo contra la decisión empresarial, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 3 del artículo 160 de la LRJS.

No obstante, el acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores que pudiera recaer una vez iniciado el proceso no interrumpirá la continuación de procedimiento.

El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda, de no haberse recabado el informe previsto en el apartado 3 del artículo 138 de la LRJS, esto es, el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La sentencia deberá ser dictada en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva. Contra ella no procederá ulterior recurso, “salvo en los supuestos de movilidad geográfica previstos en el apartado 2 del artículo 40 del ET y en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el artículo 41.4 del ET.

La sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa.

La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo en los supuestos previstos en el artículo 40.1 del ET y en el artículo 41.3 del ET, concediéndole al efecto “el plazo de quince días”.

La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como “al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos”.

Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de ley, eludiendo las normas relativas al período de consultas establecido en los artículos 40.2 y 41.4 del ET, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el artículo 108.2 de la LRJS.

Cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en el artículo 50.1.c) del ET, conforme a lo establecido en los artículos 279, 280 y 281 de la LRJS.

Si la sentencia declarara la nulidad de la medida empresarial, su ejecución se efectuará en sus propios términos, “salvo que el trabajador inste la ejecución prevista en el apartado anterior”. En todo caso, serán de aplicación los plazos establecidos en dicho apartado.

Por su parte, el artículo 153.1 de la LRJS establece que se tramitarán a través del proceso de conflictos colectivos las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan los artículos 40.2 y 41.2 del ET.

CAPÍTULO SEGUNDO⁷

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES, EL DESPIDO OBJETIVO Y LA SUPUESTA PRESUNCION DE PROCEDENCIA DEL DESPIDO OBJETIVO

1. Nuevo marco normativo de la extinción individual del contrato de trabajo tras la reforma laboral de 2012. Planteamiento de las cuestiones más relevantes

1.1. La inserción del despido libre en nuestro ordenamiento jurídico laboral

1.2. El despido individual por causas objetivas

1.3. La supuesta inversión de la carga de la prueba en el despido objetivo.

2. El despido libre contenido en el “contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”: problemas prácticos.

a) ¿Cuál es la finalidad del periodo de prueba en nuestro ordenamiento jurídico?

b) ¿Cuál debe ser la duración del periodo de prueba de conformidad con la legalidad hasta ahora vigente?

c) ¿Qué sentido tiene la previsión del art. 14 ET en virtud de la cual en las empresas de menos de 25 trabajadores el periodo de prueba para trabajadores no titulados pueda tener una duración de hasta tres meses?

d) ¿Cuales son los efectos de la no superación del período de prueba?

e) ¿Es ilimitada la capacidad rescisoria de la relación laboral durante el periodo de prueba?

f) ¿Cuál es la valoración del periodo de prueba en la configuración legal del «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores».

g) ¿La causalidad del despido es una constante en la configuración del ordenamiento jurídico laboral español?

h) ¿Es la causalidad del despido un elemento integrante del contenido sustantivo del art. 35.1 CE en la doctrina del TC?

i) ¿Existen compromisos supranacionales e internacionales sobre la configuración formal y causal del despido?

⁷ Alberto Valdés Alonso. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UCM

j) *En conclusión: ¿Es constitucional la el periodo de prueba contenido en el nuevo “Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”?*

k) *¿La Ley 3/2012 se ha introducido alguna modificación que altere sustancialmente la cuestión de la constitucionalidad del periodo de prueba en esta nueva modalidad contractual en relación con lo regulado en el RD-L 3/2012?*

3. El despido individual por causas objetivas: problemas prácticos

a) *¿Altera de modo sustancial la Ley 3/2012 la regulación del despido por falta de adaptación?*

b) *¿Altera de modo sustancial la Ley 3/2012 la regulación del despido por absentismo?*

c) *¿Tiene algún otro efecto negativo para el trabajador la supresión con carácter general del umbral del 2.5% de referencia?*

d) *¿Existe algún otro punto débil en la regulación del despido por absentismo?*

e) *¿Se ha introducido alguna medida en la tramitación parlamentaria que modifique o altere sustancialmente la regulación del despido por causas objetivas en los términos en los que lo venimos analizando en este Informe?*

4. La supuesta presunción de procedencia del despido objetivo: problemas prácticos

a) *¿La nueva redacción del art. 53.4 ET respecto de la procedencia del despido objetivo constituye una presunción a favor de la procedencia del acto extintivo?*

b) *¿Se debe entender que la nueva redacción del art. 53.4 ET implica una inversión de la carga de la prueba que se desplaza ahora hacia el trabajador?*

c) *¿Cuál es el sentido que se debe dar entonces a la nueva redacción del art. 53.4 ET?*

=====

1. Nuevo marco normativo de la extinción individual del contrato de trabajo tras la reforma laboral de 2012. Planteamiento de las cuestiones más relevantes

1.1. La inserción del despido libre en nuestro ordenamiento jurídico laboral

El art. 4 de la Ley 3/2012 regula el denominado “*Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores*” modalidad contractual que, de conformidad con el Apartado III de la *Exposición de Motivos* de la norma, se crea para facilitar la contratación de trabajadores por parte de empresas de menos de cincuenta trabajadores, que representan la mayor parte del tejido productivo de nuestro país. Desde este presupuesto, esta nueva modalidad de contrato de trabajo, que se configura como de carácter indefinido, tan sólo podrá ser empleada por aquellas empresas que, contando con el número de trabajadores señalados en el umbral de referencia, apuesten decididamente por la creación de empleo ante la preocupante situación de crisis económica generalizada en la cual se encuentra inmerso nuestro país.

El extenso art. 4 de la precitada norma, dispone en su apartado tercero que “*El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del periodo de prueba a que se refiere el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso*”. Prescindiendo de momento del análisis del contenido de los restantes apartados del artículo, irrelevantes –excepto su enunciado-, a los efectos que aquí interesa, de la simple lectura del mencionado apartado tercero del precepto, queda patente que nos encontramos ante la existencia de un periodo de prueba de una extensión anormalmente dilatada que contrasta llamativamente con las razonables previsiones que sobre el tema, con carácter general, se contienen en el art. 14 ET y en la gran mayoría de la regulación convencional de reenvío existente sobre esta materia.

A nuestro juicio, y por las razones que a continuación se expondrán de forma pormenorizada, tan dilatada extensión del periodo de prueba en el supuesto que nos ocupa puesta en conexión con el diseño normativo de este nuevo contrato, además de desvirtuar la naturaleza jurídica y finalidad de tal institución, introduce fácticamente la figura del despido *ad nutum* o no causal, proscrita en nuestro ordenamiento jurídico laboral lo cual, sin duda, entendemos que vulneraría el derecho al trabajo en su vertiente individual que reconoce el art. 35.1 CE.

1.2. El despido individual por causas objetivas

El art. 18.4 de la Ley 3/2012 reforma el despido objetivo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo (art. 52 b) ET). En la actual redacción del mencionado precepto, el empresario viene obligado a ofrecer en estos casos un curso de formación/adaptación del trabajador a las nuevas modificaciones técnicas introducidas. El periodo de formación aludido será considerado tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará el salario medio que viniera percibiendo el trabajador. La extinción del contrato de trabajo con una indemnización de 20 días de salario un máximo de 12 mensualidades puede ser acordada como mínimo en dos meses desde la introducción de la modificación técnica o desde que finalizo la formación, teniendo como razón última la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones de referencia.

Por su parte, el art. 18.5 de la Ley 3/2012, reforma el despido objetivo justificado (art. 52 d) ET) en una doble vertiente.

Por un lado, se elimina la anterior ratio media de absentismo de toda la plantilla, de manera que a estos efectos, tan sólo cuenta el absentismo justificado individual que afecta a cada trabajador. El despido puede proceder por faltas justificadas e intermitentes que alcancen el 20 por 100 de jornadas hábiles en 2 meses consecutivos *“siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles”* (inciso, este último, eS introducido en el trámite parlamentario y sin duda, flexibiliza el rigor de lo dispuesto en el precedente RD-L 3/2012), o 25 por 100 en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses. A estos efectos, no computan huelgas, actividades de representación de trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, lactancia, enfermedades derivadas de embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencia, vacaciones, enfermedad o accidente común con baja médica oficial de más de 20 días consecutivos y las bajas medicas motivadas por situaciones físicas o psíquicas derivadas de violencia de género. Respecto de la original redacción del RD-L 3/2012, en la Ley, también se adiciona un último, importante e impreciso párrafo a este art. 18.5 en virtud del cual *“Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”*.

El primero de los preceptos transcritos –el 18.4 Ley 3/2012- altera el sistema de formación del trabajador para la adaptación al puesto de trabajo creando, como se verá más adelante, un cierto problema interpretativo en cuanto a la comprensión de su redacción. El segundo de los preceptos, sin duda, resulta lesivo para el derecho a la salud del trabajador en los términos que se analizarán, perdiendo el legislador, además, la oportunidad de haber suprimido de forma definitiva la perversa previsión relativa a las bajas de duración inferior a los 20 días, si bien la lesividad de esta medida queda parcialmente atemperada con la referencia, ya apuntada, respecto de la inaplicación de tal medida ante los supuestos de padecimiento del trabajador de cáncer u otra enfermedad calificada como grave, así como la inserción de

un porcentaje individual de carácter anual de faltas injustificadas que debe cumplirse para aplicar el despido objetivos en los supuestos de faltas justificadas e intermitentes que alcancen el 20 por 100 de jornadas hábiles en 2 meses consecutivos.

1.3. La supuesta inversión de la carga de la prueba en el despido objetivo

Mediante la reforma operada por la Ley 3/2012, -que no sufre alteración respecto de lo ya prevenido en el RD-L 3/2012- se altera aparentemente la redacción del art. 53.4 ET respecto de las formas y efectos de la extinción por causas objetivas. Así, en la anterior redacción se disponía que *“La decisión extintiva se considerará improcedente cuando no se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva o cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo”*. La redacción actual, en cambio, es del siguiente tenor *“La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente”*. Este cambio de redacción, que pasa a ser de negativo a positivo, ha generado una cierta inquietud entre los operadores jurídicos al entender que nos encontramos ante un cambio de orientación respecto de la función tuitiva del derecho del trabajo ya que ahora, parece prevalecer o resultar preeminente la calificación de procedencia sobre la de improcedencia del despido, habiéndose señalado al respecto –a nuestro juicio de forma un tanto irreflexiva- la posible existencia de una inversión de la carga de la prueba o, en su caso, la instauración de una «presunción de procedencia» del despido objetivo individual. En este sentido se ha venido señalando que *“hasta ahora el empresario era el que tenía que demostrar que el despido era procedente. Con la reforma laboral, se invierte la carga de la prueba y es el trabajador el que tiene que demostrar que el despido es improcedente”*

Este “aparentemente” enigmático precepto que parece contener en esencia el mismo mandato del legislador, requiere ser analizado desde la perspectiva de la inversión de la carga de la prueba así como desde la teoría de las presunciones en derecho para dilucidar cual es la intención real del legislador con el cambio de redacción operado. La respuesta a este interrogante, ya lo apuntamos, es mucho más sencilla de lo que la apariencia de la nueva redacción nos parecen indicar.

2. El despido libre contenido en el “contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”: problemas prácticos.

a) ¿Cuál es la finalidad del período de prueba en nuestro ordenamiento jurídico?

El segundo párrafo del art. 14.1 ET dispone que *“El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que*

constituyan el objeto de la prueba". Por tanto, ambas partes del contrato, trabajador y empresario, se obligan mutuamente a llevar a cabo una serie de experiencias en aras de la comprobación de la adecuación de la empresa o el empresario al trabajador, y viceversa, del trabajador para con la organización empresarial o, en su caso, para con su empresario considerado éste como persona física.

De esta manera, el objeto del periodo de prueba tiene una doble naturaleza; la realización de las experiencias que resulten necesarias para el mutuo análisis, profesional y personal, de las aptitudes de trabajador y empresario. Efectivamente, las experiencias a que hace referencia el art. 14.1 ET vienen referidas no sólo a la realización de las funciones profesionales inherentes al puesto de trabajo para el cual el trabajador ha sido contratado, sino que también vienen referidas a aquellas otras experiencias o vivencias mediante las que se constata la adaptación personal del trabajador a la organización empresarial y viceversa. Elementos profesionales y personales se funden, por tanto, en el cúmulo de experiencias que el periodo de prueba requiere. De esta manera, en lo que respecta al trabajador, a pesar de que nos encontremos inmersos en una relación laboral, el contenido de la experimentación no necesariamente se centra en verificar las aptitudes profesionales de éste, sino que también adquiere especial relevancia la constatación de su adecuada inserción global en la organización empresarial lo cual afecta, sin duda, a las condiciones personales del trabajador. A su vez, el trabajador debe constatar, fundamentalmente, que la empresa colma sus expectativas profesionales tanto en acto como en potencia, esto es, no sólo verificando la adecuación del puesto de trabajo y actividad a realizar con lo pactado en el contrato de trabajo, sino también, por lo general, valorando las expectativas que la empresa le ofrece o le puede ofrecer en un futuro próximo respecto del desarrollo de su carrera profesional. Así, por ejemplo, un técnico superior especialmente cualificado debe comprobar que, efectivamente, la empresa contratante posee el nivel tecnológico ofertado y que resulte adecuado a su especialización de manera que le permita no solo desarrollar sus aptitudes presentes sino también potenciar sus habilidades profesionales futuras.

En lo que respecta a la causa, entendida ésta como finalidad perseguida por las partes con la suscripción de este periodo de prueba, ésta se debe identificar como la mutua comprobación por parte del trabajador y del empresario de que ambos son poseedores de las aptitudes profesionales y personales adecuadas al puesto de trabajo contratado y a la organización empresarial donde se llevará a cabo la actividad. Repárese en la especial relevancia que adquieren los elementos personales en esta labor de mutua comprobación de aptitudes lo cual justifica, a la postre, la posibilidad de desistimiento no causal de la relación contractual. De primar tan sólo los elementos profesionales en la valoración de este periodo de prueba, la extinción del contrato estaría dotada de un preeminente carácter objetivo-causal derivado, en el caso del trabajador, de su constatada ineptitud para la realización técnica de la prestación previamente pactada. En este sentido, muy didáctica y con precisión, la STSJ de Castilla-León, Valladolid, de 21 de febrero de 2007, nos recuerda que *"Hay que tener en cuenta que en relación con el*

período de prueba la doctrina tradicional y asentada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo interpreta que el mismo supone reconocer el derecho tanto del trabajador como del empresario a la libre resolución durante su transcurso del contrato de trabajo, con mutua libertad de extinción por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, por cuanto la prueba se ofrece tanto en beneficio del trabajador como del empresario, y su finalidad no sólo es la primordial de constatar la aptitud técnica de aquél para la labor concreta encomendada, sino la de conocer otros datos relevantes y condiciones personales de ambos, de los que conviene estén informados, de un lado el empleador para una mejor satisfacción de sus intereses empresariales, tales como disciplina, sociabilidad, instrucción, diligencia y rendimiento, corrección, apariencia, raciocinio, receptividad a las directrices patronales, etc., y de otro el operario al que le interesa comprobar en la práctica el ambiente en que su tarea se va a desempeñar, si su capacidad es la adecuada para la misma, la relación existente entre los diversos elementos de la empresa, el estado de organización de ésta, y sistema de trabajo, etc. en definitiva el conocimiento mutuo y lo más completo posible de los contratantes para la eliminación de riesgos futuros y en orden al desarrollo de unas relaciones laborales continuadas, correctas y eficientes. Todo ello justifica la atribución de la facultad resolutoria y de desistimiento unilateral libremente concedida a las dos partes, sin alegación de causa y por apreciación personal y subjetiva del resultado (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1983 , 8 de julio de 1986 , 10 de febrero de 1987 , 27 de diciembre de 1989, 6 de julio de 1990, 19 de julio de 1990, 1 de octubre de 1990 , 27 de marzo de 1991 ó 5 de abril de 1991”).

Debemos matizar, por último, que a pesar de que en virtud de la existencia de un periodo de prueba las dos partes de la relación contractual, como hemos señalado, se someten mutuamente a las experiencias profesionales y personales inherentes al puesto de trabajo, lo cierto es que en un contexto generalizado de desempleo estructural y, actualmente, también coyuntural debido a la grave crisis que nos afecta, la realidad nos indica que el periodo de prueba se torna, en realidad, como dotado de un carácter básicamente unidireccional de manera que es el empresario quien, realmente, en puridad, analiza y comprueba las aptitudes profesionales y personales del trabajador y obra en consecuencia, manteniendo viva la relación laboral pactada o, por el contrario, desistiendo de la continuidad de la misma. La bidireccionalidad en la dinámica del periodo de prueba –y especialmente, en lo relativo a la capacidad de desistimiento de la relación de trabajo-, en la actualidad tan sólo es realmente predicable en aquellos supuestos en los que el trabajador goza de una determinada y por lo general elevada formación o experiencia que lo sitúa en una singular posición de competitividad en el mercado laboral.

b) ¿Cuál debe ser la duración del periodo de prueba de conformidad con la legalidad hasta ahora vigente?

El art. 14 ET dispone en su primer apartado que *“Podrá concertarse por escrito un período de prueba con sujeción a los límites de duración que, en su*

caso, se establezcan en los convenios colectivos”, señalando, a renglón seguido que, en defecto de pacto en convenio “la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores”. En el último párrafo de este primer apartado se precisa que “En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados”.

Para comprender el alcance y significado de esta delimitación temporal del periodo de prueba conviene, siquiera brevemente, llevar a cabo una valoración retrospectiva de cómo ha evolucionado la duración de este periodo en nuestra normativa laboral más reciente:

El art. 17 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales [en adelante, LRL], en su apartado Uno, disponía que “Las Ordenanzas laborales y, de modo especial, los convenios colectivos sindicales, establecerán que en las relaciones de trabajo podrá fijarse, siempre que se concierte por escrito, un periodo de prueba que, en ningún caso, podrá exceder de seis meses para el grupo profesional de técnicos titulados, ni de tres meses para los demás trabajadores, excepto para los no cualificados, en cuyo caso la duración máxima será de dos semanas”

De su lado, el artículo 14.1 del ET, en su primera versión de 1980, disponía que “Podrá concertarse por escrito un período de prueba, que en ningún caso podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de tres meses para los demás trabajadores, excepto para los no cualificados, en cuyo caso la duración máxima será de quince días laborables”. Queda suprimido, por tanto, el tercer tramo, el de los trabajadores no cualificados, a los que la LRL asignaba una duración de dos semanas.

El artículo 14.1 ET, en su redacción actual, tal y como anteriormente se ha señalado anteriormente, dispone que “Podrá concertarse por escrito un período de prueba con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados”.

De una lectura conjunta de los preceptos transcritos se extraen las siguientes conclusiones:

En las tres disposiciones analizadas se establece una doble o triple clasificación legal de la duración máxima del periodo de prueba que se vincula, de forma inequívoca, con la formación técnica del trabajador. Como es lógico, cuanto más elevada sea la formación de éste, más complejas resultaran las tareas a realizar y, consecuentemente, más ardua será la tarea de comprobar las aptitudes profesionales del trabajador y su adecuación al puesto de trabajo

contratado. En este sentido, como señala la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 8 de julio de 2009 *“Para delimitar si se cumple la finalidad del período de prueba, es un elemento fundamental, a tener en cuenta, la complejidad de los trabajos contratados, de tal manera que las aptitudes del trabajador se conocerán con mayor rapidez cuanto menor sea la especialidad profesional exigida. De ello es consciente el propio art. 14, núm. 1, párrafo primero , cuando distingue entre los Técnicos Titulados, de los demás trabajadores, y mientras que fija a los primeros un plazo máximo de seis meses, para los restantes habla sólo de dos”*

Tanto en la LRL como en la actual redacción del ET, se establece la preeminencia de lo dispuesto en el convenio colectivo a la hora de fijar la duración del periodo de prueba. Esta previsión es lógica en tanto en cuanto será la norma convencional el instrumento más adecuado para determinar la complejidad de las tareas a realizar por cada categoría o grupo profesional de acuerdo al sector de actividad al que venga referida la norma convencional que resulte de aplicación. En este sentido, resulta obvio que los sujetos negociadores del convenio serán los que mejor conozcan la problemática que encierra cada sector de actividad en concreto, estableciendo, desde esta premisa, el periodo de prueba que se considere más adecuado de conformidad con la formación previa del trabajador y las tareas que éste deba realizar. En cualquier caso, la experiencia comercial exterioriza que, salvo raras excepciones, resultan más que indiciarias las previsiones máximas contenidas en la norma estatutaria respecto del margen temporal sobre el que opera el convenio colectivo a la hora de fijar las duraciones máximas del periodo de prueba. La labor de los convenios colectivos en esta materia se circunscribe, fundamentalmente, a graduar diferentes duraciones del periodo de prueba de acuerdo con grupos o categorías profesionales concretas dentro de los márgenes estatutarios retrotrayéndose, frecuentemente, incluso a las precitadas previsiones de dos semanas para el personal no cualificado a que hacía referencia la derogada LRL. Precisando el alcance del papel de la negociación colectiva en la fijación de la duración del periodo de prueba, resulta ilustrativo traer a colación la relativamente reciente STS de 20 de julio de 2011 que, reiterando la doctrina de la STS de 12 de noviembre de 2007, versa sobre la valoración de la legalidad de un periodo de prueba de duración muy superior al consignado como máximo en las previsiones estatutarias. En dicho pronunciamiento se clarifica que *“la negociación colectiva no puede magnificarse hasta el extremo de admitir como válidas fórmulas convencionales que pueden resultar incompatibles con la propia finalidad y funciones [...] del instituto del período de prueba, pues una regulación convencional en la que se fije una duración excesivamente dilatada de dicho período, bien puede sugerir - como ha puesto de manifiesto la doctrina científica- que se esté dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales, lo que podría encubrir situaciones de fraude de ley al poder utilizarse para enmascarar unos fines no queridos por el citado precepto estatutario. Dichas cláusulas son radicalmente nulas por contrarias a la ley y al orden público social”*

c) ¿Qué sentido tiene la previsión del art. 14 ET en virtud de la cual en las empresas de menos de 25 trabajadores el periodo de prueba para trabajadores no titulados pueda tener una duración de hasta tres meses?

Tras la reforma operada en el año 1994 mediante la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores y del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social [B.O.E. núm. 122, de 23 de mayo], se introduce en el art. 14.1 ET la previsión de que, en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el periodo de prueba para aquellos trabajadores que no sean titulados superiores podrá alcanzar hasta tres meses de duración. Esta ampliación respecto de la duración máxima del periodo de prueba en las pequeñas empresas obedece fundamentalmente a dos factores:

En primer lugar, el sentido real de esta reforma lo encontramos reflejado en Apartado III de la Exposición de Motivos de la precitada Ley 11/1994 a la que anteriormente se ha hecho referencia, donde expresamente se señala que el legislador opta por una *“regulación del periodo de prueba [...] más sencilla que la actual y adaptada a la realidad diferenciada de las pequeñas empresas en la configuración de las relaciones laborales”*. De esta manera queda constatado que la ampliación del periodo de prueba de referencia se vincula u obedece al hecho de que en una empresa de reducidas dimensiones y, por lo general, con una posición económica más débil, una elección poco adecuada del trabajador puede generar mayores desequilibrios que el legislador trata de paliar ampliando en un mes el periodo prueba y, con ello, la posibilidad de extinción no causal de la relación laboral por parte del empresario. Esta interpretación, que es de carácter eminentemente económico-organizativo sin duda desvirtúa el propio sentido del periodo de prueba que ahora ya no persigue el intercambio de mutuas experiencias sino que realmente se instrumentaliza para dotar de una mayor flexibilidad externa a la pequeña empresa que, de esta manera, gestiona con mayor libertad la mano de obra recurriendo, si lo considera oportuno, a una extinción contractual no causal y carente de indemnización.

En segundo lugar, y en menor medida, se viene manejando un argumento de carácter más sociológico que jurídico y que viene referido al hecho de que, en las empresas de reducidas dimensiones, parece que juega un papel fundamental la adecuación personal del trabajador a la organización empresarial debido a las más intensas relaciones que surgen en estas pequeñas organizaciones entre el trabajador, sus compañeros y el propio empresario que acostumbra a encarnarse en una persona física. Es por ello que el legislador establece especiales cautelas en aras de facilitar la fehaciente comprobación tal adecuación y aumenta el periodo de prueba de dos a tres meses.

En virtud de lo expuesto, parece que la duración del periodo de prueba – salvo la más que controvertida ampliación del plazo en las empresas de menos de veinticinco trabajadores a que hemos hecho referencia y que en ocasiones se pretendió valorar como discriminatoria respecto de las grandes empresas– se vincula a criterios eminentemente profesionales relativos a la adecuación

entre la titulación o los conocimientos y experiencia del trabajador y el desempeño de la actividad contratada. A pesar de que las experiencias a que hace referencia el periodo de prueba son, como anteriormente hemos señalado, tanto personales como profesionales, lo cierto es que de la regulación de la duración de este periodo de prueba se desprende que en el subconsciente del legislador parece anidar la idea de que lo realmente decisivo es la adecuación profesional del trabajador al puesto de trabajo para el cual ha sido contratado, situando en la marginalidad o excepcionalidad la valoración de las características personales del trabajador, que tan solo jugarán un papel relevante cuando guarden una íntima relación con las conductas que se exterioricen durante el desarrollo efectivo de la prestación pactada tal y como ocurre, señaladamente, en los algunos de los supuestos que contempla el art. 54.2 ET como justas causas del despido disciplinario.

d) ¿Cuales son los efectos de la no superación del período de prueba?

El art. 14. 2 ET dispone que *“Durante el periodo de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso”*. Por tanto, en virtud de la precitada disposición, tanto trabajador como empresario se encuentran facultados para rescindir la relación laboral en cualquier momento durante el desarrollo del periodo de prueba. Esta capacidad resolutoria que asiste a las partes, no obstante la aparente sencillez que se desprende de su formulación legal, requiere de la realización de no pocas matizaciones sobre alguna de las cuales resulta imprescindible detenerse.

Así, en primer lugar, en lo que respecta a la capacidad rescisoria que asiste al trabajador, esta previsión normativa poca novedad aporta en relación con lo ya preceptuado en el art. 49.1. d) ET, salvo la exoneración de la obligación de preavisar de la dimisión quedando el trabajador, por ende, también exento de afrontar las posibles indemnizaciones por daños y perjuicios al empresario que se deriven de la extemporánea extinción de la relación laboral. Esta libertad extintiva, por otro lado, también le asistiría al trabajador en virtud del art. 35 .1 CE que, entre otros muchos derechos y obligaciones consagra, en especial, el rasgo de la voluntariedad que caracteriza la prestación del trabajo por cuenta ajena remunerado en régimen de dependencia (ex art. 1.1 ET).

En segundo lugar, tal y como se desprende de la literalidad del precepto, al empresario no se le exige el cumplimiento de ningún requisito formal a la hora de dar por extinguida la relación laboral durante el decurso de este periodo de prueba. Desde este punto de vista, por tanto, será admisible que la decisión empresarial sea transmitida tanto de forma verbal como mediante comunicación escrita. Tampoco será exigible al empresario la realización de preaviso alguno quedando exonerado, al igual que el trabajador, del pago cualquier indemnización por tal concepto.

En tercer lugar, nos encontramos, sin duda, con el elemento nuclear que caracteriza la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba y que consiste en la ausencia de causa que deba justificar tal decisión extintiva. Efectivamente, y a diferencia de lo que ocurre con las otras formas de extinción de la relación laboral a instancia del empresario que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico laboral, en el caso de la no superación del periodo de prueba basta con la mera declaración de voluntad del empresario para dar por extinguida la relación laboral. En este sentido, con rotundidad, la STS de 6 de julio de 1990 declaraba que *“el período de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo, trabajador y empresario, rescindir tal contrato unilateralmente, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial a tal respecto; basta para que sea plenamente válida tal rescisión con que el período referido esté todavía vigente y que el empresario, o el empleado, extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación. Así este Tribunal en numerosas sentencias de las que se mencionan las de 3 de diciembre de 1987, 14 de julio de 1987, 14 de abril de 1986, 29 de octubre y 20 de diciembre de 1985, y 6 de abril y 12 de diciembre de 1984, ha mantenido que para rescindir el contrato de trabajo durante el período de prueba no se precisa, en absoluto, especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adopta”*.

e) ¿Es ilimitada la capacidad rescisoria de la relación laboral durante el periodo de prueba?

Centrándonos en el ejercicio de esta potestad desde la vertiente empresarial es preciso señalar que esta extinción descausalizada, por constituir una anómala institución en nuestro ordenamiento jurídico, no se convierte sin más en una omnímoda facultad del empresario sino que se encuentra sometida a unos ciertos límites y condicionantes entre los que cabe señalar los que a continuación se relacionan:

Esta libertad de desistimiento empresarial debe respetar, en todo caso, los derechos fundamentales del trabajador, evitando, muy especialmente, los tratos discriminatorios. En este sentido, como señala la STS de 3 de octubre de 2008, *“el artículo 14.1 y 2 ET disponen, respectivamente, que “podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos” y que “durante el período de prueba la resolución de la relación laboral podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso”. En aplicación de este precepto la Jurisprudencia ha reiterado (por todas STS de 2 de abril de 2007) , y la en ella citada, STS de 6 de julio de 1990, que la decisión de no proseguir la relación laboral, si se manifiesta antes de la duración del plazo de prueba estipulada, no precisa especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora en cuanto que toda motivación es meramente subjetiva de quien la adopta, “salvo que la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental” y, a su vez, la STS de 16 de julio de 1982 afirma que la*

extinción de la relación laboral durante el período de prueba no es equivalente a despido cuyas causas hayan de justificarse, estando facultadas las partes para dar por terminada la relación de trabajo durante tal período de prueba". Especificando el alcance de esta limitación, la STC 94/84 disponía "Que dicha resolución no consista en un despido causal fundado en una serie de motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria. En otros términos, la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, y de la que en el presente caso ha hecho uso la Empresa está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución Española". Así, acudiendo a un ejemplo en concreto, la no superación del periodo de prueba por causa de embarazo es susceptible de ser considerado como un despido nulo, tal y como nos recuerda la STSJ de Madrid 18 de mayo de 2000, al señalar que "No es preciso insistir en que la resolución del contrato en período de prueba, si se funda precisamente en la condición de gestante de la mujer trabajadora, constituye un despido nulo, por discriminatorio a causa del sexo, pues la libertad reconocida al empresario en el art. 14 del ET, evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales (SSTC 94/1984, de 16 de octubre y 166/1988, de 26 de septiembre). No cabe olvidar que «la expresada exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta, como resulta de los antecedentes parlamentarios del art. 14 de la CE, y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina; situación que, en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (STS 166/1988 citada)".

Por otro lado, esta institución no puede ser empleada en fraude de ley para encubrir lo que en definitiva constituirían auténticos despidos no indemnizados. Tal es caso el caso ya referido de la fijación convencional de abusivos periodos de prueba de muy larga duración que, como se ha analizado en la anteriormente citada STS de 11 de julio de 2011 y jurisprudencia concordante, desvirtúan la naturaleza y funcionalidad del periodo de prueba, constituyendo auténticos despidos libres las extinciones contractuales por la no superación de dichos anómalos periodos de prueba. A este respecto, como nos recuerda la STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2004, debemos tener presente que "El período de prueba desde el punto de vista empresarial, tiene como finalidad el conocer las aptitudes profesionales del trabajador para el puesto de trabajo, categoría y/o grupo profesional para el que se le ha contratado, de tal manera que según el párrafo segundo, del núm. 1, del art. 14, del ET el empresario y el trabajador: «... están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba...». Ciertamente la característica fundamental del período de prueba es la posibilidad de extinción por cualquiera de las partes, y el aplazamiento hasta el fin del mismo de la aplicación de las consecuencias ligadas a la extinción causal del contrato de trabajo que rigen en el ordenamiento laboral. Pero es fácil advertir que la norma laboral no ha dejado a la institución probatoria

totalmente ajena de finalidad. Recuérdese, por ejemplo, que el art. 52.a del ET imposibilita la aplicación del despido objetivo por ineptitud cuando ha existido período de prueba previo, con lo que configura de hecho una sanción al empresario que no utiliza el período de prueba pactado para la finalidad para la que está previsto. Adviértase también que el contenido subsidiario del art. 14 ET estableciendo una duración máxima para el período de prueba diferencia entre técnicos titulados y el resto de trabajadores, luego admite que el período de prueba tiene características diferentes en atención a la actividad realizada, puesto que en atención a la capacitación requerida, el tiempo necesario para advertir la capacidad también puede resultar diferente. Así las cosas, resulta evidente que el período de prueba tiene un componente causal, aunque éste aparezca difuminado en ocasiones como consecuencia de la posibilidad de extinción sin causa que caracteriza la institución probatoria y por la amplitud con que el art. 14 del ET transfiere al convenio colectivo la determinación de su duración máxima. Resulta, pues, que el abuso de derecho limita las posibilidades de la autonomía individual cuando el resultado del pacto atenta a la finalidad y esencia misma del período de prueba”.

Y continua la citada sentencia “Desde antiguo, la doctrina del abuso de derecho ha sido objeto de análisis jurisprudencial. La sentencia de la Sala de lo Civil del TS, de 14-2-1944 se refirió al uso de un derecho objetivo y externamente legal, al daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y, finalmente, a la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva y/o objetiva. En este último caso, de indudable interés en este litigio, la manifestación objetiva del abuso de derecho surge cuando el daño procede del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. Para delimitar si se cumple la finalidad del período de prueba, es un elemento fundamental, a tener en cuenta, la complejidad de los trabajos contratados, de tal manera que las aptitudes del trabajador se conocerán con mayor rapidez cuanto menor sea la especialidad profesional exigida. De ello es consciente el propio art. 14, núm. 1, párrafo primero, cuando distingue entre los Técnicos Titulados, de los demás trabajadores, y mientras que fija a los primeros un plazo máximo de seis meses, para los restantes habla sólo de dos. Resulta por ello fundamental el análisis del concreto puesto de trabajo para el que el trabajador es contratado. En el presente caso, el trabajo de promotor llevado a cabo por la trabajadora consistía básicamente en la captación de clientes para anunciarse en una guía telefónica. Resulta difícil que para advertir la capacitación profesional para una actividad de estas características resulte necesario que el empresario disponga de un período de prueba de dos años. Pero profundizando un poco más en los factores mencionados en el convenio colectivo para justificar la excepcional duración del período de prueba previsto para la actividad de promotor de entrada tampoco termina de explicarse que éste resulte necesario. El art. 14 del convenio menciona como datos justificativos de la excepcionalidad la especial «formación» y «experiencia» que la actividad de promotor de entrada requiere, aunque resulta dudosa que estos datos en todo caso justifiquen la duración prolongada. En efecto, aun en el caso de que durante la contratación se facilitara al trabajador una formación de tal magnitud (lo que, de otro lado, no consta) resulta totalmente inadecuado vincular el período de prueba a dicha formación, porque si así fuera se condenaría a la precariedad permanente a los trabajadores en aquellos

sectores de actividad que requieren una actualización y formación continua. La formación requerida previamente o que pueda impartirse después, puede ser indicativo de la duración que el período de prueba puede requerir, por remitir al período de tiempo que el empresario necesitaría previsiblemente para asegurarse de la capacidad del trabajador, pero resulta obvio que dicho conocimiento puede razonablemente adquirirse antes de que concluya la formación que la empresa prevé prestar. Formación y período de prueba no van, pues, irremisiblemente unidos. Lo mismo puede decirse de la experiencia, puesto que ésta no es necesariamente un requisito de capacitación sino un rasgo que se adquiere con el tiempo de trabajo efectivo. La causa del período de prueba tiene un contenido diferente y mucho más elemental, puesto que persigue la comprobación de la capacitación. Resulta evidente que, si lo que pretendía el convenio era señalar que la actividad de promotor de entrada requiere la comprobación de la capacidad formativa así como de la capacidad para adquirir y acumular experiencia, parece un tanto excesivo que para ello se establezca un período de prueba de dos años. Resulta razonable pensar que, sin prejuzgar las posibilidades que pueden presentarse en otros contratos, en el caso de la actividad objeto del presente recurso de suplicación, no concurren más características que las generales del puesto de promotor de entrada, y desde luego en ellas no es posible encontrar particulares circunstancias para cuya comprobación la empresa necesite un período de tiempo tan prolongado”.

Por último, es evidente que cabe la capacidad rescisoria siempre y cuando se haya dado efectivamente el supuesto de hecho que justifica la existencia de esta institución, esto es, que efectivamente se hayan realizado las pruebas tendentes a la mutua acreditación de las aptitudes personales y profesionales requeridas para el puesto de trabajo. Ello nos viene impuesto en el párrafo segundo del art. 14.1 ET cuando señala que *“El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”*. Como señala con precisión la STS de 3 de mayo de 1983, *“el empresario y el trabajador estarán obligados a realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba; tal precepto no viene a decirnos que haya de pactarse el establecimiento durante el período de prueba de una especie de examen de la aptitud del trabajador -si se tratara de esto sobraría el «período» de prueba- sino que durante tal lapso de tiempo han de realizar tanto el trabajador como el empresario las «experiencias» que servirán al empleador para constatar en relación con el trabajador su motivación para el trabajo, aptitud para el mismo, capacidad de concentración y aislamiento del trabajo, relación con superiores y compañeros de trabajo, etc., etc., lo que permite a ambas partes resolver el contrato durante el período sin ulteriores consecuencias «no siendo la extinción durante dicho período equivalente al despido -S. de 16 julio 1982» siempre que no exista discriminación de las prohibidas por el art. 17-1 del ET”*.

f) ¿Cuál es la valoración del periodo de prueba en la configuración legal del «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores»

De una lectura de conjunto del art. 4 de la Ley 3/2012, se pueden extraer las siguientes conclusiones en relación con el periodo de prueba a que hace referencia el precitado artículo:

En primer lugar, resulta obvio que tomando como referencia la regulación estatutaria y convencional del periodo de prueba, la duración de un año que propone el art. 4.3 de la Ley 3/2012 para los contratos por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores es, con carácter general, excesivamente amplia. Recordemos que, como anteriormente se ha expuesto, para los casos de especial complejidad en las tareas a desempeñar –cual es el caso de los técnicos titulados-, nuestro ET señala orientativamente, como duración máxima, una extensión de seis meses. En este sentido resulta llamativo que ni siquiera el contrato especial de alta dirección -a pesar de la evidente singularidad que caracteriza a este tipo de especiales relaciones laborales- contiene semejante previsión, acotando la duración del periodo de prueba, entendemos que justificadamente, a un máximo de nueve meses (art. 5.1 del RD 1382/1985, de 1 de agosto).

En segundo lugar, y en íntima relación con lo anteriormente expuesto, es preciso destacar que el párrafo tercero del art. 4 de la Ley 3/2012 ni siquiera establece tramos diferenciados de duración del periodo de prueba de acuerdo a la capacitación o formación del trabajador contratado. A todos los potenciales trabajadores, sean técnicos de superior cualificación o meros operarios se les aplica por igual un periodo de prueba de un año. De manera que no sólo estamos ante un periodo de prueba de anormal duración en nuestra tradición jurídica, sino que además el mismo se encuentra esencialmente desnaturalizado al desligarse deliberadamente del factor o características profesionales del empleado que, como hemos visto, constituían la faceta singularmente predominante que caracteriza esta institución y que, la mayor parte de las veces, avala o justifica la extinción no causal del contrato de trabajo por la no superación del mencionado periodo de prueba. Parece que la fijación del periodo de una año para la realización de las pruebas que acrediten la profesionalidad del trabajador es exagerado máxime, cuando –como hemos señalado-, no siquiera se establecen criterios o tramos profesionales de cualificación.

En tercer lugar, el carácter imperativo de la fórmula legal mediante la cual se instaura el periodo de prueba en esta nueva modalidad contractual –“*en todo caso*”-, impide que se pueda llevar a cabo un uso racional de esta institución. Efectivamente, las partes, o bien no pactan periodo de prueba –situación está poco verosímil-, o, de hacerlo, necesariamente su duración ha de prolongarse durante un año sin que quepa la intervención de la negociación colectiva suplementando la ordenación legal. Pero además, la imperatividad del precepto, impide igualmente que las partes puedan, individualmente, pactar un periodo de prueba de inferior duración, el cual de conformidad con la literalidad del precepto, reiteramos, debe ser en todo caso de un año.

En cuarto lugar, es preciso destacar que la concertación de este abusivo periodo de prueba tan solo se puede realizar en empresas de menos de cincuenta trabajadores. Aun cuando a la modalidad contractual que contiene el periodo de prueba de referencia se la denomina en la Ley 3/2012 como «*contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores*», lo cierto es que el único requisito que impone la norma para la celebración de estos contratos es que se respete el umbral numérico de los cincuenta trabajadores, sin que en ningún momento se especifique cuales puedan ser los requisitos que califican al empresario como “emprendedor”. De esta manera, cualquier empresa con menos de cincuenta trabajadores, sea de nueva creación o con una dilatada actividad en el tiempo, obtenga beneficios o se encuentre en situación económica negativa, podrá hacer uso de esta modalidad contractual y, por ende, del abusivo periodo de prueba al cual nos venimos refiriendo. Es únicamente el tamaño de la empresa el factor determinante que faculta para la concertación de esta modalidad contractual y no, como ilusoriamente se podría desprender de la literalidad de la norma, el carácter de emprendedor –y, por tanto, realmente generador de nuevos empleos- del empresario.

A la vista de lo anteriormente expuesto, parece que nos encontramos ante una más que exagerada reproducción de la previsión del art. 14.1 ET respecto de la ampliación de la duración del periodo de prueba en empresas de menos de veinticinco trabajadores. En definitiva, se trata de dilatar deliberadamente la duración del periodo de prueba para, de esa manera, facilitar al pequeño empresario –que, repetimos, no necesariamente emprendedor-, una más ágil gestión de la mano de obra durante un año, periodo en el cual pueda dar por extinguida la relación laboral sin mediar causa y sin indemnización alguna. De esta manera, asistimos a la inversión de la secuencia lógica que preside la institución del periodo de prueba, ya que el objeto del mismo deja de ser la comprobación de aptitudes personales y profesionales de trabajador y empresario, pasando ahora a constituir, realmente, un periodo en el que lo que realmente se está probando es la viabilidad económica de la empresa. En este sentido, esta nueva modalidad contractual a que venimos haciendo referencia nos recuerda al ya desaparecido contrato temporal para el lanzamiento de nueva actividad -que se reguló en el art. 5 del ya derogado Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, *por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación-*, en el que era precisamente la incertidumbre existente sobre éxito de la empresa, bien por ser de nueva constitución o por lanzar una nueva actividad, lo que justificaba o casualizaba la existencia del contrato y, por ende, justificaba su temporalidad.

En conclusión, en el denominado contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores se persigue, por tanto, no cargar al pequeño empresario, predominante en nuestro país, del lastre que puede suponer la realización de un despido indemnizado, dotándole de una mayor flexibilidad externa que se puede materializar, de resultar necesario, como hemos señalado, en la extinción no causal ni indemnizada durante un año de los contratos indefinidos previamente suscritos. Siendo esto así, queda patente

que la previsión contenida en el párrafo tercero del art. 4 de la Ley 3/2012 inserta fácticamente en nuestro ordenamiento jurídico laboral la institución del despido *ad nutum* o sin justa causa, lo cual, como veremos más adelante, rompe con nuestra tradición jurídica respecto de la configuración causal del despido, rompe igualmente con los compromisos supranacionales e internacionales existentes sobre la materia y, fundamental a los efectos que aquí interesa, vulnera el derecho al trabajo en su vertiente individual que reconoce el art. 35.1 CE.

g) ¿La causalidad del despido es una constante en la configuración del ordenamiento jurídico laboral español?

Prescindiendo del análisis del fallido intento codificador que supuso el monumental esfuerzo recopilatorio plasmado en el Código de Trabajo del año 1926 (Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926, *Gaceta de Madrid* núms. 244, 245 y 246 de 1, 2 y 3 de septiembre, respectivamente), la primera norma que, de forma sistemática, abordaba la configuración de la relación laboral en España fue la conocida Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre año 1931 (*Gaceta de Madrid* núm. 326, de 22 de noviembre) (en adelante, LCT 1931). Pues bien, en dicha norma que sin duda ha vertebrado la elaboración de nuestro derecho individual del trabajo hasta nuestros días, ya se ponía expresamente de manifiesto que la institución del despido debía atenerse de forma estricta al principio de causalidad. Efectivamente, en su art. 89, apartado 6, se recogía como causa de extinción de los contratos individuales de trabajo el *“despido justificado del trabajador por el patrono”*, consignéndose, a renglón seguido, las *“causas justas de despido”* que no eran otras que las que hoy, parcialmente, justifican en el ET el despido disciplinario y el despido efectuado por causas objetivas. En igual sentido, el Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el Texto Refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo (*B.O.E.* núm. 55, de 24 de febrero), disponía de similares previsiones respecto de la causalidad del despido. Así, su art. 76, que contiene la relaciones de causas que justifican la extinción del contrato de trabajo, recogía en el apartado octavo, *“el despido justificado del trabajador por el empresario”*, señalándose en su art. 77 cuáles se estiman como *“causas justas del despido del trabajador por el empresario”*. De esta manera, justeza y causalidad configuran nuestras primeras codificaciones laborales respecto de la institución del despido. Siguiendo la tradición legislativa instaurada por la precitada normativa, la parcial regulación que se materializa en la LRL de 1976, igualmente, caracterizaba al despido con las mencionadas notas de justeza y causalidad, replanteando –tal y como se señala en la Exposición de Motivos- el procedimiento de despido cuando la Magistratura de Trabajo estime que no existe causa justificada. Así, el art. 35 disponía que *“Cuando en un procedimiento por despido, el Magistrado de Trabajo considere que no hay justa causa para el mismo, el la sentencia que así lo declare condenará a la empresa a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse aquel, así como al pago del importe del salario dejado de percibir desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tenga lugar”*.

El ET, desde su primera versión hasta la actualmente vigente ha asumido igualmente la causalidad del despido como uno de los principios básicos que inspiran nuestro sistema de relaciones laborales. Así, por poner un ejemplo, las notas de gravedad y culpabilidad que se exigen en el art. 54.1 ET para que el comportamiento irregular del trabajador sea susceptible de ser sancionado con el despido disciplinario dan idea, junto con la existencia de una lista de causas tasadas que justifican tal despido, de que el principio de causalidad sigue impregnando la institución extintiva en nuestro ordenamiento. Causalización que se encuentra igualmente presente en la ordenación contenida en el art. 52 al regular el despido objetivo. Es más, acudiendo a lo prevenido en los arts. 55.5, segundo párrafo y 53.4, ambos del ET, que abordan la nulidad del acto extintivo, se constata la existencia de una tutela reforzada del régimen causal del despido que incluso niega los efectos del mismo –ruptura de la relación laboral- sin que ni siquiera quepa, salvo por la voluntad del trabajador, la posibilidad de extinción indemnizada realizada a instancia del empresario.

La existencia en nuestro ordenamiento jurídico laboral actualmente vigente de supuestos de extinción contractual con una causalidad ciertamente atenuada (como, señaladamente, ocurre en las relaciones laborales especiales de alta dirección [art. 11.1 del RD 1382/1985, de 1 de agosto] y servicio del hogar familiar [art. 11.3 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre]) no desvirtúa la realidad anteriormente descrita ya que en estos supuestos, la especial relación de confianza que media entre empleador y trabajador convierten al desistimiento, en sí mismo, en la causa formal y real de extinción del contrato además de que, ante estas particulares extinciones contractuales, el empleador no se encuentra liberado del cumplimiento de una serie de requisitos formales y materiales entre los que se encuentran la comunicación escrita de la decisión extintiva (exigencia que, como señala la Exposición de Motivos del RD 1620/2011, debe contener una manifestación clara e inequívoca de que la causa de la extinción del contrato es el desistimiento, y no otra), la observancia de un necesario preaviso y, fundamental, el abono de una determinada indemnización.

h) ¿Es la causalidad del despido un elemento integrante del contenido sustantivo del art. 35.1 CE en la doctrina del TC?

Aun cuando la ubicación sistemática del derecho fundamental al trabajo ex art. 35.1 CE (Sección 2ª del Capítulo II) no permite su exigibilidad directa ante los tribunales ni la posibilidad de acudir en amparo ante el TC (ex art. 53.2 CE, ratificado con contundencia por SSTC 117/1988 y 119/1988, de 20 de junio; 95/1990, de 23 de mayo; 155/1992, de 19 de octubre; 159/1997, de 2 de octubre y 124/2000, de 16 de mayo, entre otras muchas), lo cierto es que el TC ha tenido oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el contenido sustantivo de este art. 35.1 CE y, a los efectos que aquí interesa, sobre la conexión entre el derecho al trabajo y la causalidad del despido, limitando la capacidad extintiva empresarial en aras de preservar el derecho fundamental al trabajo que constituye, no lo olvidemos, un elemento esencial en la configuración el Estado social y democrático de Derecho.

En este sentido, tres son los pronunciamientos del TC que de forma más relevante e incisiva han puesto de manifiesto la causalidad del despido como parte integrante del derecho fundamental al trabajo que consagra el art. 35.1 CE:

Así, en primer lugar, la STC 22/1981, de 2 de julio, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad contra la entonces vigente Disposición Adicional Quinta del ET (1980) que establecía la jubilación forzosa a los 69 años clarificó el alcance del art. 35 CE al señalar, en su FJ8 que *“El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”*.

Por su parte, la muy conocida STC 20/1994, de 27 de enero -que resuelve un recurso de amparo interpuesto por vulneración del art. 14 C. E en el marco de una extinción contractual- precisa aun más el contenido del art. 35.1 CE, al señalar en su FJ2 que *“La reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía y de las consecuencias que acarree legalmente, y en especial las económicas (indemnización), es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva [SSTC 7/1993 y 14/1993]. En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo [SSTC 123/1992, 98/1993 y 177/1993]”*.

Más recientemente, la STC 192/2003, de 27 de octubre, dictada en recurso de amparo interpuesto por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, analiza si los fundamentos que sirven de base a las resoluciones que se impugnan para fundamentar la cláusula de la buena fe en el caso de un despido disciplinario se adecuan a los valores constitucionales concluyendo, en su FJ4, que *“Tal exigencia aparece reforzada por el hecho de que tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma. Ello no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el*

ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ad nutum de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho. No debe olvidarse que hemos venido señalando desde nuestra STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se concreta en el «derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa».

De la síntesis de la doctrina contenida en las precitadas sentencias del TC se colige sin dificultad la total imbricación de la justeza y causalidad del despido como parte integrante del contenido sustantivo de la vertiente individual del derecho al trabajo que propugna el art. 35.1 CE.

i) ¿Existen compromisos supranacionales e internacionales sobre la configuración formal y causal del despido

Además de la doctrina constitucional referida es preciso traer a colación, como se señalaba en la STC 192/2003 anteriormente analizada, los compromisos internacionales y supranacionales existentes sobre la configuración formal y causal del despido, los cuales, como es bien sabido, o bien resultan vinculantes para el legislador español como en el caso de las normas comunitarias (ex art. 93 CE), o bien se integran en nuestro ordenamiento jurídico interno, como ocurre con los tratados internacionales una vez que éstos son oficialmente publicados (ex art. 96.1 CE).

En lo que respecta a los instrumentos o compromisos comunitarios e internacionales que resultan de imperativa aplicación sobre el tema que nos ocupa, debemos destacar los que a continuación se relacionan:

En primer lugar, en el ámbito europeo, debemos hacer expresa referencia a la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* del año 2000, incorporada al Tratado de la Unión en virtud de lo dispuesto en el art. 6 del Tratado de Lisboa de 2007. La mencionada Carta, en su art. 30, rubricado como «*Protección en caso de despido injustificado*» (e inspirado, como veremos más adelante, en el art. 24 de la carta Social revisada) dispone que «*Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales*».

En segundo lugar, también en el entorno comunitario, es preciso hacer una breve referencia a determinadas Directivas que contienen expresas disposiciones en materia de ordenación y protección frente despido. En este sentido, ya la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, *sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al*

mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, disponía en su art. 4.1, primer párrafo, que “el traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de centro de actividad, no constituye en sí mismo un motivo de despido”, limitando, en su segundo párrafo, la posibilidad de despido por razones económicas, técnicas u organizativas a “determinadas categorías concretas de trabajadores que no estén cubiertas por la legislación o la práctica de los Estados miembros en materia de protección por el despido”, señalando además, en su apartado 4.2, que “Si el contrato o la relación laboral se rescinde como consecuencia de que el traspaso [...] ocasiona una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la rescisión del contrato o de la relación laboral se considerará imputable al empresario”. Así, por poner otro ejemplo, podemos traer a colación la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES que, en su Cláusula 2.4, insta a los Estados Miembros a adoptar las medidas necesarias frente al despido no justificado por el ejercicio, en acto o en potencia, del derecho al permiso parental. Más recientemente, podemos destacar la Directiva 98/59/CEE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, en cuyos arts. 2 y 3 se hacen concretas referencia a las reglas causales y procedimentales para efectuar esta modalidad colectiva de despido.

En tercer lugar, ya situados en el ámbito internacional, *la Carta Social Europea* de 1961, en su versión revisada de 3 de mayo de 1996, consagra en su art. 24 el derecho a la protección en caso de despido. En concreto, el mencionado precepto dispone que, por un lado, a todos trabajadores les asiste el derecho a “no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta o basadas en las necesidades de la empresa, del establecimiento o del servicio”. Por otro lado, en el apartado b) del citado artículo se establece el “derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”. Con el fin de asegurar la efectiva aplicación de los mencionados derechos, las Partes se comprometen “a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial”.

Por último, también situados en el plano internacional, resulta de capital importancia traer a colación el conocido Convenio núm. 158 de la OIT, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982, *sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*. De este Convenio, ratificado por España el 16 de febrero de 1985 (integrado, por tanto, en nuestro ordenamiento interno ex art. 96.1 CE), cabe destacar, en primer lugar, las previsiones contenidas en su art. 4, a tenor del cual “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 necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. Además de la caracterización causal del despido a que hace referencia el precepto transcrito, en el resto del articulado del convenio se establecen una serie de reglas sustantivas y procedimentales sobre los requisitos que debe reunir el acto del despido. Así, en su art. 5, se

excluyen como justas causas de despido la afiliación sindical o pertenecía a la representación de los trabajadores, la ausencia del trabajo durante la licencia por maternidad o, entre otros, la pertenencia a determinada raza, sexo o religión. En el importante art. 8, la norma internacional establece la posibilidad de reacción frente al despido, al disponer que *“El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro”*. Por último es preciso destacar lo prevenido en el art. 12 en lo relativo al derecho a indemnización de los trabajadores por fin de servicio así como a las prestaciones por desempleo (u otras formas de asistencia a través de la Seguridad Social) o, en su caso, a una combinación de ambas. Pero además, este importantísimo Convenio, contiene en su art. 2.2.b, una específica previsión respecto de la inaplicación de las previsiones de la norma durante el desarrollo del periodo de prueba al cual, eso sí, se le impone que *“la duración se haya fijado de antemano y sea razonable”*. De esta manera, la norma internacional no sólo incide con rotundidad en la causalidad del despido sino que, colateralmente, introduce un necesario canon de razonabilidad en la fijación de la duración del periodo de prueba.

A la vista de lo anteriormente expuesto, es obvio que del análisis de los instrumentos internacionales y supranacionales de los que España es parte o, en su caso, resultan vinculantes para la actividad de nuestro legislador, se infiere con rotundidad que la institución del despido en nuestro ordenamiento jurídico así como en los de nuestra vecindad jurídica, debe atenerse de forma estricta al principio de causalidad, sin que quepa acudir al desistimiento empresarial *ad nutum* o sin justa causa.

j) ¿Es constitucional la el periodo de prueba contenido en el nuevo “Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”?

A la vista de todo lo expuesto, secuencialmente, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, queda patente que, tomando como referente la ordenación del periodo de prueba existente en nuestra legislación laboral, así como la interpretación que se ha venido realizando de tal institución por parte de los tribunales, la configuración de este periodo de prueba que se contiene en el art. 4.3 de la Ley 3/2012 resulta a todas luces fraudulenta, insertando fácticamente en nuestro ordenamiento jurídico una nueva modalidad de despido no causal ni indemnizado cuya única justificación se basa en el éxito o fracaso económico de las empresas de reducidas dimensiones. Con la regulación de este fraudulento periodo de prueba se trata, en definitiva, de otorgar a las pequeñas empresas una ventaja competitiva que les permita una más ágil y flexible reordenación de sus recursos humanos ante las eventuales situaciones económicas de carácter negativo que puedan atravesar.

La posibilidad de materializar la extinción de un contrato de trabajo en los términos referidos rompe con los cánones de causalidad y justeza que caracterizan desde sus orígenes la institución del despido en nuestro

ordenamiento laboral. Igualmente contraviene los compromisos supranacionales e internacionales existentes sobre la materia de los que España es parte o que le resultan de imperativa aplicación. La extinción del contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba a que hace referencia el art. 4.3 de la Ley 3/2012 más se asemejaría a un singular despido objetivo encubierto por causas económicas, técnicas u organizativas, para cuya realización no sería preciso ni acreditar la causa que lo justifica, ni abonar la correspondiente indemnización.

Esta nueva modalidad de despido no causal que introduce en nuestro ordenamiento el art. 4.3 de la Ley 3/2012, frente al cual no cabe la posibilidad de reacción jurídica por parte del trabajador afectado salvo en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales, contraviene la interpretación que nuestro TC viene realizando respecto de la configuración jurídica del despido y de los necesarios y ya referidos requisitos de causalidad y justeza que lo acompañan y que forman parte del contenido sustantivo de la vertiente individual del derecho al trabajo que propugna el art. 35.1 CE. En este sentido no está de más recordar que la libertad rescisoria reconocida al empresario en el art. 14 del ET no alcanza, evidentemente, a la producción de resultados inconstitucionales.

De todo lo anteriormente expuesto se deduce, como ya hemos adelantado, que el art. 4.3 de la Ley 3/2012 deviene inconstitucional por la expresa vulneración del derecho al trabajo en su vertiente individual que reconoce sin fisuras el art. 35.1 CE en los términos en que viene siendo interpretado por el TC.

Ante este hecho, es evidente que, procesalmente, cuando se impugne la extinción de un contrato de trabajo por no superación de este dilatado periodo de prueba –y siempre que haya transcurrido un periodo calificable como de irrazonable o desproporcionado, esto es, de 9 o 10 meses- se debería solicitar al órgano judicial la articulación de una cuestión de constitucionalidad sobre el precepto que venimos analizando.

k) ¿La Ley 3/2012 se ha introducido alguna modificación que altere sustancialmente la cuestión de la constitucionalidad del período de prueba en esta nueva modalidad contractual en relación con lo regulado en el RD-L 3/2012?

En lo referente a la cuestión que nos ocupa, la única modificación que se ha introducido en el trámite parlamentario consiste en la adición, al final del apartado 4.3 RD-L 3/2012, del siguiente recordatorio: *“No podrá establecerse un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”*. Como es obvio, esta es la simple reproducción contenida en el art. 14.1, tercer párrafo del ET (*“Será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador ya haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”*).

Esta limitación ya se entendía implícitamente existente en la regulación del art. 4.3 RD-L 3/2012 ya que, de lo contrario, nos encontraríamos con un supuesto de evidente fraude de ley y abuso de derecho en la contratación. Aún así, podemos calificar como positiva esta medida ya que nos sirve como un recordatorio de la existencia y necesaria aplicación de la mencionada limitación, técnica ésta empleada con cierta frecuencia en nuestra legislación laboral (en este sentido, señaladamente, el art. 8.1 ET).

No obstante, la mencionada adición que la Ley 3/2012 realiza respecto de la originaria redacción contenida en el art. 4.3 del Real Decreto-Ley 3/2012 en nada afecta a la valoración general que hemos realizado sobre la posible inconstitucionalidad del periodo de prueba en el nuevo contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores que, a los efectos analizados, se basa en su dilatada extensión.

3. El despido por causa objetivas: problemas prácticos

a) ¿Altera de modo sustancial la Ley 3/2012 la regulación del despido por falta de adaptación?

En principio, debemos destacar que como ventaja para el trabajador respecto de la regulación anterior, tenemos que ahora es obligatorio para el empresario el ofrecer y en su caso impartir la formación necesaria para la readaptación del trabajador al cambio técnico.

No obstante el art. 52 b) ET, de deficiente redacción técnica –nota común en toda la norma- puede plantear problemas interpretativos de manera que el alcance de dicho precepto debe ser entendido de la forma siguiente:

En primer lugar, es obligatorio, por parte del empresario, ofrecer y, en su caso impartir la formación tendente a la adaptación. En cambio, no es obligatorio aceptar dicho programa formativo por parte del trabajador:

En segundo lugar, cuando el empresario ofrezca el curso y el trabajador lo rechace, entonces sólo podrá el empleador despedir cuando hayan transcurrido al menos dos meses desde que se introdujo la modificación.

En tercer lugar, cuando el empresario realice la modificación y el trabajador acepte el curso formativo, tan solo se le podrá despedir a la finalización de esta (debemos de entender, lógicamente, a los dos meses de finalización de ésta).

Por último es preciso reseñar que, respecto de la primitiva redacción dada a este precepto en el RD-L 3/2012, hemos de considerar como positivo que el período formativo tenga, ahora, en la Ley 3/2012, carácter de “trabajo efectivo” (recordemos que en la redacción anterior el contrato de trabajo quedaba en suspenso) de cara los posibles derechos que tal periodo de tiempo pudiera consolidar para el trabajador.

b) ¿Altera de modo sustancial la Ley 3/2012 la regulación del despido por absentismo?

La supresión con carácter general del 2.5 por 100 de la tasa de absentismo generaliza de la plantilla, se provoca un efecto perverso fundamentalmente respecto del mantenimiento de la salud, ya que el trabajador, ahora, se ve más fácilmente incurso en las ratios porcentuales que autorizan tal despido al no existir el referente generalizado de la plantilla. De esta manera, el trabajador, ante el temor del despido, no solicitará la baja debiendo acudir al trabajo en precarias condiciones de salud. No obstante, como veremos más adelante, la jurisprudencia es reacia a la consideración de la salud como elemento justificativo en esta clase de despido salvo en los supuestos expresamente consignados en la norma.

c) ¿Tiene algún otro efecto negativo para el trabajador la supresión con carácter general del umbral del 2.5% de referencia?

Efectivamente, al suprimir el referido umbral se priva al trabajador y en su caso al órgano juzgador de un importante dato respecto de la empresa. A saber: cuando en una empresa existe un alto o muy alto índice de absentismo nos encontramos ante un dato que refleja la existencia de algún problema en la misma respecto de la estructura, condiciones o sistemas de trabajo instaurados en la organización productiva. Desde este punto de vista, estaría menos justificado el despido de un trabajador cuanto más alto sea el índice general de absentismo.

De esta manera, la supresión del umbral general de referencia juega un doble papel respecto de los derechos de los trabajadores. Por un lado, si se suprime, se pone en riesgo la salud del trabajador que se ve desprotegido de la cobertura que le otorgaba el porcentaje general de absentismo. Pero, por otro lado, además, el trabajador ya carece de la referencia global de la situación de absentismo en la empresa de manera que ya no es posible alegar problemas estructurales –o incluso relacionados con la seguridad y salud laboral en la empresa- ante supuestos de despido por esta causa.

No obstante la supresión del mencionado porcentaje en la norma, resultaría recomendable solicitar siempre para el acto del juicio que se aporten los niveles de absentismo existentes en la empresa ya que pueden clarificar con precisión la existencia de problemas estructurales, de sistemas o, especialmente, de seguridad y salud en el trabajo, que puedan resultar de necesaria utilidad para obtener una declaración de improcedencia del despido.

d) ¿Existe algún otro punto débil en la regulación del despido por absentismo?

Si, evidente. En esta o en otras reformas se debía haber suprimido la referencia a la necesidad de que las bajas deban ser de duración superior a veinte días para que no computen a efectos de absentismo. Y ello por varias razones:

En primer lugar, esa medida realmente fomenta el absentismo ya que el trabajador trata deliberadamente de prolongar la baja para de esa manera alcanzar los 20 días que le eximen del efecto negativo que ésta tiene respecto del despido.

Pero lo que aun es peor, es que existen enfermedades que por su concreta forma de desarrollo se manifiestan de forma intermitente como, señaladamente, ocurre con determinadas patologías mentales o esqueleto-musculares. Los trabajadores con estos padecimientos se convierten en firmes candidatos al despido. En este sentido, además, la jurisprudencia se ha manifestado inflexible tal y como nos recuerda la STS de 24 de octubre de 2006 cuando señala en su FJ3º que *“La solución no puede ser otra que la adoptada por la sentencia recurrida, que contiene la buena doctrina, pues la exención establecida en el apartado segundo de la letra d) del indicado artículo en orden a no computar como faltas de asistencia determinados periodos de enfermedad dispone claramente que ello será así «cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos», de modo que huelga hablar de que los periodos de baja se den a no a la misma enfermedad –cuestión ésta que se tiene en cuenta a otros efectos- mientras se exija que la duración supere los veinte días consecutivos. En otras palabras, aunque existan varios periodos de baja debidos a la misma enfermedad, cada uno de ellos ha durado menos de 20 días y la suma superaría ese límite, pero no sería de días consecutivos”*

e) ¿Se ha introducido alguna otra medida en la tramitación parlamentaria que modifique o altere sustancialmente la regulación del despido por causas objetivas en los términos en los que lo venimos analizando en este Informe?

Si, se han introducido dos medidas y entendemos que, al menos una de ellas es de un calado relativamente importante.

Efectivamente, en primer lugar, se ha modificado el art. 52 d) ET añadiéndose un inciso final en virtud del cual *“Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”*. Con independencia de que se mantenga con carácter general el perverso plazo de los 20 días de baja para que no computen las ausencias, entendemos que esta medida viene a paliar en parte tal previsión. Entendemos que el legislador ha sido consciente de que determinadas enfermedades, como señaladamente es el cáncer, exige necesarios tratamientos que muy frecuentemente provocan bajas inferiores a 20 días.

No obstante el mencionado carácter positivo de esta previsión, lo cierto es que la misma adolece de una considerable dosis de indefinición ya que, exceptuando el cáncer, en la duda queda a qué otras enfermedades graves se hace referencia en la norma. Efectivamente, puede darse el caso de enfermedades que, sin ser necesariamente graves, provoquen reiteradas intermitencias en sus manifestaciones patológicas exigiendo, por ello, también reiteradas bajas médicas y, por el contrario, enfermedades graves que requieran tan sólo de una única baja de larga duración para su total curación. En este sentido habría sido deseable que el legislador hubiese hecho expresa referencia a la intermitencia de las manifestaciones de la concreta patología o a su cronicidad –que es el elemento realmente determinante a los efectos de este precepto- más que a la intrínseca (e indeterminada) gravedad de la dolencia padecida. De esta manera, una vez más, quedará al arbitrio del órgano judicial la valoración de la posible unidad de la secuencia patológica y, por ende, de la justificada o no aplicación de una medida como el despido por causas objetivas.

Además, en segundo lugar, se ha introducido una medida correctora respecto de los efectos negativos que pudiera tener la supresión del umbral general de absentismo del 2.5% de toda la plantilla, y consiste en que ahora, en el supuesto de que el trabajador se ausente justificadamente un 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, procederá el despido objetivo siempre y cuando el mencionado trabajador –ahora esta ratio ya no se aplica con carácter general a toda la plantilla-, haya faltado, además, un 5% de las jornadas hábiles en los doce meses anteriores. De esta manera, entendemos que el legislador ha suavizado parcialmente los negativos efectos que se podían generar por la inexistencia de un umbral de absentismos colectivo que nos sirviese de general referente para la aplicación de esta medida extintiva.

4. La supuesta presunción de procedencia del despido objetivo: problemas prácticos

a) ¿La nueva redacción del art. 53.4 ET respecto de la procedencia del despido objetivo constituye una presunción a favor de la procedencia del acto extintivo?

Recordemos que la nueva redacción del art. 53.4 ET dispone que *“La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente”*. De esta manera, una simple lectura del precepto parece evocar a la existencia de una presunción jurídica sobre la procedencia del despido, presunción que tan sólo es rota mediante la prueba en contrario, esto es, que no se acredite la causa y no se hubieren cumplido con los requisitos de forma que nos impone el legislador para esta clase de despidos.

Pues bien, nada más lejos de la realidad. En derecho, las presunciones son una técnica probatoria –no un medio de prueba- en función de la cual se considera cierta la realización de un hecho mediante la prueba de otro distinto cuando media la existencia de un hecho que vincula a ambos. Así, por ejemplo, en materia de Seguridad Social tenemos la presunción de existencia del accidente de trabajo, en virtud del cual el trabajador únicamente deberá acreditar que el accidente acaeció durante la jornada laboral y en el lugar donde tuviese encomendado realizar la prestación, sin que en ningún momento sea necesario probar cómo y en qué circunstancias precisas acaeció el hecho lesivo. Del *hecho base* [accidente en el lugar y tiempo de trabajo] se deduce el *hecho presumido* [calificación del accidente como de trabajo] mediante la aplicación de la *regla de normalidad* consistente en que el accidente acaecido en el lugar y tiempo de trabajo se entiende que es de trabajo. Corresponderá a la parte contraria acreditar que, aun acaecido el accidente bajo tales parámetros espacio-temporales, las circunstancias concretas que rodean el acaecimiento del hecho lesivo impiden su calificación como accidente de trabajo.

Pero como es fácil de observar, nada de esto ocurre en el caso que nos ocupa. El legislador no releva de la carga de la prueba al empresario ya que este siempre deberá acreditar causa y forma del despido, tal y como igualmente ocurriría con la redacción anterior del precepto. Nos encontramos, si se quiere, ante una estructura normativa similar a la contenida en la denominada presunción de existencia del contrato de trabajo del art. 8.1 ET. En dicho precepto se dispone que “*se presumirá existente [el contrato de trabajo] entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquel*”. En este supuesto, igualmente, nada se presume, sino que quien alegue la existencia del contrato de trabajo –el trabajador- deberá probar que se cumplen con los requisitos del art. 1 ET respecto de dependencia, ajenidad y retribución salarial. Podríamos afirmar que nos encontramos ante algo parecido a lo que la “doctrina procesalista” ha venido en denominar como verdad interina o, en el mejor de los casos, ante presunción aparente que no es otra cosa que la formulación de un firme mandato del legislador bajo la apariencia gramatical de un precepto de carácter presuntivo.

De manera que, concluyendo, en la nueva redacción del precepto en absoluto nos encontramos ante la existencia de una presunción de procedencia del despido objetivo.

b) ¿Se debe entender que la nueva redacción del art. 53.4 ET implica una inversión de la carga de la prueba que se desplaza ahora hacia el trabajador?

Acudiendo una vez más a la atenta lectura del precepto en cuestión, es indubitado que quien despide, esto es, el empresario, prueba la causa y cumple con la forma. Esto se ve corroborado por el análisis comparado de este precepto con lo dispuesto en el art. 121 de la LJS que, en este caso, si

establece una expresa inversión de la carga de la prueba, pero para un supuesto muy concreto. Así, el apartado 3 del art. 121 de la precitada norma dispone que *“Cuando el trabajador vinculado por la empresa con un contrato de fomento de la contratación indefinida alegue que la utilización por la empresa del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria, corresponderá al mismo la carga de la prueba sobre esta cuestión”*. Pero este es un supuesto muy concreto y excepcional, debiendo entender, por tanto, que no es extensible a la generalidad de los despidos objetivos ya que si el legislador hubiese querido lo contrario, expresamente lo habría hecho constar con carácter general en el ET y, consecuentemente, en la LJS.

c) ¿Cuál es el sentido que se debe dar, entonces, a la nueva redacción del art. 53.4 ET?

Creemos que la cuestión es mucho más sencilla y, sin duda, menos polémica de lo que se ha creído ver. Entendemos que la nueva redacción del art. 53.4 ET no hace otra cosa que guardar coherencia, al menos formal, con la redacción que sobre esta materia se contenía tanto en la antigua LPL (art. 122) como en la nueva LJS (también en su art. 122). Se trata en definitiva de que el ordenamiento jurídico social guarde una cierta identificación respecto de su estructura interna. En ambos preceptos se declaraba que, valga la redundancia, *“Se declarará procedente la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita. Si no la acreditase, se calificará de improcedente”*. No es, por tanto, nada relativo – como ha apuntado puerilmente algún reconocido sector de la doctrina iuslaboralista- a que *“ahora el tenor [del precepto] es mucho más directo, contundente y sencillo”*. El mandato del legislador es idéntico y, sus consecuencias, las mismas.

Aconsejamos, por ende, no utilizar retóricamente el argumento ya referido a que *“hasta ahora el empresario era el que tenía que demostrar que el despido era procedente. Con la reforma laboral, se invierte la carga de la prueba y es el trabajador el que tiene que demostrar que el despido es improcedente”*, porque no se ajusta en absoluto a la realidad procedimental que subyace en esta institución extintiva. La fórmula que ahora se adopta por la Ley 3/2012, como anteriormente hizo el RD-L 3/2012, no es otra que la que ya venía siendo empleada desde hace años por nuestra ley procesal social y sus sucesivas modificaciones.

CAPÍTULO TERCERO⁸

EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO EXTINTIVOS, SUSPENSIVOS Y DE REDUCCIÓN DE JORNADA

1. Nuevo marco normativo de los expedientes de regulación de empleo tras la reforma laboral 2012

1.1 *Expedientes de regulación de empleo extintivos*

1.2 *Expedientes de regulación de empleo de reducción de jornada y suspensivos*

2. Expedientes de regulación de empleo extintivos : problemas prácticos

- a) *¿Qué referencia existe en la medición de la causa económica del despido?*
- b) *¿Existe control automático o de oportunidad de la causa del despido?*
- c) *¿El despido es una última ratio tras agotar la flexibilidad interna?*
- d) *¿Qué papel tiene ahora la autoridad laboral en el ERE y cómo puede ayudar a la parte sindical?*
- e) *¿Qué efectos jurídicos tiene el informe de Inspección de Trabajo en el ERE?*
- f) *¿Qué papel tienen ahora los planes sociales en el ERE?*
- g) *¿Se pueden continuar pactando prejubilaciones en el ERE?*
- h) *¿Qué alcance tiene la nulidad del despido por incumplimiento del período de consultas?*
- i) *¿Qué consecuencias jurídicas tienen las prioridades legales o acordadas de permanencia en el ERE?*
- j) *¿El empresario tiene límites en la designación de trabajadores despedidos tras un ERE sin acuerdo?*

⁸ Jesús Lahera Forteza, profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, UCM

- k) *¿Cuándo comienza a contar el plazo de caducidad para impugnar los despidos en un ERE y ante qué órgano judicial se presenta?*
- l) *¿Qué efectos tiene la sentencia sobre el ERE en la demanda colectiva?*
- m) *¿Es posible que los trabajadores individuales impugnen judicialmente el despido tras un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores en el ERE?*
- n) *¿La autoridad laboral o los representantes de los trabajadores pueden impugnar el acuerdo de despido en el ERE?*
- o) *¿La empresa puede presentar una demanda de acción declarativa de la legalidad de los despidos adoptados en el ERE?*
- p) *¿El FOGASA asume parte de las indemnizaciones en los ERES?*
- q) *¿Es viable plantear un ERE extintivo en la Administración Pública?*

3. Expedientes de regulación de empleo suspensivos y de reducción de jornada : problemas prácticos

- a) *¿Es diferenciable una suspensión contractual de una reducción de jornada?*
- b) *¿Qué son las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en suspensiones contractuales y reducciones de jornada?*
- c) *¿Estas medidas son temporales o definitivas?*
- d) *¿Es aplicable la jurisprudencia flexibilizadora anterior sobre reducción de jornada a través del art.41 ET tras la reforma?*
- e) *¿Qué papel tiene la autoridad laboral en el ERE de suspensión y reducción de jornada?*
- f) *¿Qué alcance jurídico tiene el informe de la inspección de trabajo en el ERE suspensivo y de reducción de jornada?*
- g) *¿A través de qué procedimiento y con qué efecto se puede impugnar una suspensión contractual o reducción de jornada?*

- h) *¿Es posible que los trabajadores individuales impugnen judicialmente la suspensión contractual o reducción de jornada tras un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores en el ERE?*
 - i) *¿La autoridad laboral u otros representantes de los trabajadores pueden impugnar el acuerdo de suspensiones contractuales o reducciones de jornada en el ERE?*
 - j) *¿En qué condiciones y sobre que base reguladora se repone la prestación de desempleo en suspensiones contractuales y reducciones de jornadas con posterior despido?*
 - k) *¿Es viable plantear un ERE suspensivo o de reducción de jornada en la Administración Pública?*
-

1. Nuevo marco normativo de los expedientes de regulación de empleo tras la reforma laboral 2012

1.1 Expedientes de regulación de empleo extintivos

El decreto-ley 3/2012 (DLRL) y la vigente ley 3/2012 (LRL) transforman dos elementos esenciales de los expedientes de regulación de empleo extintivos (ERES) del art. 51 ET. De un lado, dan una nueva redacción a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del despido colectivo del art.51 ET, e indirectamente, del despido objetivo del art.52.c ET. De otro lado, transforman el procedimiento de los ERES del art.51 ET al eliminar la autorización administrativa y desplazar, tras el período de negociación con los representantes de los trabajadores, la decisión final de los despidos a la empresa, con un posible control judicial posterior. Ambos cambios son sustanciales y suponen una nueva etapa en la práctica de los ERES extintivos desde el 12 de Febrero de 2012, que es cuando entró en vigor el DLRL, sin perjuicio de los cambios técnicos de la LRL, que despliega sus efectos desde el 8 de Julio de 2012.

La reforma, en la versión vigente del art.18.3 LRL que modifica el art.51 ET, asocia las causas económicas del despido colectivo y objetivo a “la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas”, entendida ésta, en todo caso, 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”. A su vez, el nuevo despido colectivo y objetivo contempla las causas técnicas como, entre otros, “cambios en medios o instrumentos de producción”, las organizativas como “cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo o en el modo de organizar la producción” y las productivas como

“cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”. Ni en las causas económicas ni en las más estrictamente empresariales la ley exige expresamente un juicio de razonabilidad, proporcionalidad o adecuación de los despidos respecto a la situación económica alegada o a los cambios efectuados en función de la viabilidad o mejora de la competitividad de la empresa, como sí sucedía con anterioridad. La indemnización en los despidos colectivos y objetivos es, al igual que antes, de 20 días salario/año con un máximo de 12 mensualidades, más lo, en su caso, acordado con la parte sindical (art.53.1 y 51. 4 ET). No ha sido modificado tampoco el umbral del despido colectivo, en un período de noventa días despidos por estas causas que afecten al menos a 10 trabajadores en empresas de menos de 100, 10 por 100 en aquéllas entre 100 y 300, y 30 en las de más de 300 trabajadores (art.51.1 ET).

La reforma 2012 elimina la autorización administrativa en los ERES. El nuevo procedimiento del art.51 ET, aplicando la el art.18.3 de la vigente LRL, queda, en breve síntesis, de la siguiente manera :

1) La empresa debe enviar un escrito a los representantes de los trabajadores, y copia a la autoridad laboral, con las causas del despido, el número y clasificación profesional de los afectados y de los empleados en el último año, el período de preaviso para los despidos y los criterios de designación de los despidos (art.51.2 ET). Esta comunicación debe ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido y de todos estos aspectos, conforme a lo más detallado en el reglamento aplicable.

2) Se abre entonces un período de consultas con los representantes de los trabajadores (si los hay, los representantes previstos en el art.87.1 ET y, si no, las comisiones ad hoc elegidas por los empleados del art.41.4 ET) con una duración máxima de 30 días naturales o 15 días en empresas de menos de 50 trabajadores. La negociación debe tener el objetivo de intentar firmar un acuerdo para evitar, reducir despidos y atenuar sus consecuencias con medidas sociales de acompañamiento, tales como recolocaciones, cursos de formación y la mejora de la empleabilidad de los afectados. En despidos de más de 50 trabajadores debe ofrecerse un plan de recolocación externa a través de empresas autorizadas (art.51.10 ET). Dicho plan diseñado para mínimo 6 meses debe tener medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada y búsqueda activa de empleo, con coste para la empresa. En caso de despidos, se pueden pactar indemnizaciones sobre 20 días salario/año con máximo 12 mensualidades (arts.51.2 y 51.10 ET).

3) La autoridad laboral comunica a su vez el inicio del ERE a la entidad gestora de desempleo y recabará obligatoriamente

informe de la Inspección de Trabajo sobre el escrito de la empresa y desarrollo de las consultas. El informe será en 15 días desde la notificación a la autoridad laboral del fin de las consultas. La autoridad laboral velará por la efectividad de las consultas y puede remitir advertencias y recomendaciones a las partes, pero sin suspender nunca el procedimiento. A su vez, la autoridad laboral podrá realizar a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados en el despido colectivo. También podrá realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o incluso por propia iniciativa (art.51.2 ET).

4) Si hay acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se aplica tal cual, y se remite a la autoridad laboral (art.51.2 ET). Y la autoridad laboral sólo puede impugnarlo judicialmente por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (art.51.6 ET y art.148.b LJS). También puede impugnar cuando la entidad gestora de desempleo haya informado que el acuerdo tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones de desempleo de los afectados (art.51.6 ET).

5) Si no hay acuerdo, decide la empresa, que remite a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final del despido colectivo y sus condiciones (art.51.2 ET). Luego, la empresa, si se ratifica en su decisión, notifica individualmente los despidos a cada afectado poniendo a sus disposición 20 días de salario/año con un máximo de 12 mensualidades en un plazo de preaviso de 15 días hasta la extinción (art.51.4 y 53.1 ET) pero, como mínimo, deben haber pasado 30 días desde la fecha de comunicación de apertura de consultas a la fecha de los efectos del despido (art.51.4 ET). Los representantes de los trabajadores tienen prioridad de permanencia y los convenios colectivos pueden establecer otras prioridades compatibles por razones familiares, de edad o discapacidad (art.51.5 ET). En despidos de trabajadores de 50 o más años se da una aportación económica al Tesoro Público conforme a las reglas de la DA 16ª LRL, si la empresa o grupo es de más de 100 trabajadores y ha tenido beneficios en los dos ejercicios anteriores, teniendo en cuenta en su caso al grupo empresarial al que pertenece. Se calcula un canon por despido en función de las prestaciones de desempleo generadas por el trabajador de 50 o más años con una tabla porcentual en función de beneficios y plantilla conforme a la DA 16.4ª LRL.

Una vez adoptados por la empresa, los despidos pueden impugnarse judicialmente por los representantes de los trabajadores en 20 días desde la notificación de la decisión final de despidos (art.124.1 Ley de Jurisdicción

Social, LJS), paralizando la tramitación de acciones individuales hasta sentencia con eficacia de cosa juzgada (art.51.6 ET y 124.13.b LJS). La demanda se puede fundar en ausencia de causa legal, incumplimiento del período de consultas o falta de entrega de documentación, fraude, dolo, coacción o abuso de derecho y vulneración de derechos fundamentales exclusivamente como conflictos individuales (arts. 124.2 y 124.13.a LJS). El proceso es urgente y prioritario salvo respecto a tutela de derechos fundamentales (art.124.8 LJS). También la impugnación judicial de los despidos, incluso con acuerdo, puede provenir de la autoridad laboral por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho y, en su caso, fraude a la protección social por desempleo (art.51.6 ET y 148.b LJS). Como significativa novedad de la LRL, cuando la decisión extintiva no se haya impugnado por la autoridad laboral ni por los representantes de los trabajadores, la empresa puede interponer una demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva buscando una sentencia declarativa con efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales (art.124.3 LJS). Tras la correspondiente impugnación y juicio oral, el juez declarará los despidos ajustado a Derecho o no ajustados a Derecho por falta de causa o nulos por incumplimiento de consultas o entrega de documentación, o exista vulneración de derechos fundamentales, fraude, abuso de derecho o dolo (art.124.11 LJS). La nulidad conlleva la readmisión de los trabajadores (art.123.1 y 2 LJS) mientras que la falta de causa implica las consecuencias de un despido improcedente con 45/33 días de indemnización al despido (art.56.2 ET).

Los despidos pueden ser también, en los mismos términos, impugnados individualmente (arts. 120-123 y 124.13 LJS). Si luego se plantea demanda colectiva, se suspende el proceso hasta sentencia colectiva con cosa juzgada (art.124.13.b LJS). De nuevo, el despido puede declararse nulo por incumplimiento de las consultas o entrega de documentación, vulneración de derechos fundamentales y falta de respeto a las prioridades de permanencia legales o convencionales (art.124.13.c LJS).

Este nuevo marco normativo reubica sólo la autorización administrativa a los despidos por fuerza mayor (art.51.7 ET), cualquiera sea el número de afectados. La falta de autorización en este caso determina la nulidad de los despidos por fuerza mayor (art.124.11 LJS). A su vez, hay que advertir que los procedimientos concursales se rigen por norma propia con despidos en autorización judicial dentro de concurso.

1.2 Expedientes de regulación de empleo suspensivos y de reducción de jornada

El DLRL y la LRL cambian, a su vez, sustancialmente los ERES suspensivos y de reducción de jornada de los arts.47.1 y 2 ET. Mantienen ambas instituciones jurídicas, tal como fueron reguladas prácticamente en la ley 35/2010, pero eliminan también la autorización administrativa, desplazando ambas decisiones, tras el período de consultas con los representantes de los trabajadores, a la empresa. Los arts.47.1 y 2 ET hacen referencia a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en ambas medidas. Como

novedad significativa, el art. 13 de la LRL, en una nueva redacción del art.47.1 ET, define dichas causas. Las causas económicas concurren 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”, entendida ésta en cualquier caso, “si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”. El art.47.1 ET contempla las causas técnicas como, entre otros, “cambios en medios o instrumentos de producción”, las organizativas como “cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo o en el modo de organizar la producción” y las productivas como “cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”. Al igual que sucede en el art.51.1 ET, ni en las causas económicas ni en las más estrictamente empresariales del art.47.1 ET, la ley exige expresamente un juicio de razonabilidad, proporcionalidad o adecuación de los despidos respecto a la situación económica alegada o a los cambios efectuados en función de la viabilidad o mejora de la competitividad de la empresa.

Las reducciones de jornada por dichas causas del art.47.2 ET son disminuciones temporales entre un 10 y un 70 por 100 del tiempo de trabajo, y en proporción del salario, sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Las suspensiones contractuales por dichas causas del art.47.1 ET son días completos sin trabajar, ni salario, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo. Tanto las suspensiones como las reducciones de jornada generan prestaciones de desempleo, totales o parciales, en los afectados conforme a los arts 203.2, 208.2 y 3, y 210.5 LGSS. A diferencia del art.51 ET, no existe un umbral de afectados que diferencie suspensiones y reducciones de jornada individuales o colectivas, pues siempre hay que cumplir el procedimiento establecido en el art.47.1 ET.

La reforma elimina la autorización administrativa en la suspensiones y reducciones de jornada de los arts.47.1 y 2 ET por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cualquiera sea el número de trabajadores en la empresa y número de afectados. El nuevo procedimiento de estos ERES queda, en breve síntesis, de la siguiente manera :

- 1) Comunicación a la autoridad laboral de la decisión empresarial de suspensiones o reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del art.47.1 ET
- 2) Apertura de período de consultas con los representantes de los trabajadores en plazo máximo de 15 días (si hay, los representantes del art.87.1 ET, y si no, las comisiones ad hoc elegida por los empleados del art.41.4 ET) con vistas a alcanzar un acuerdo. Las consultas pueden sustituirse por acuerdo entre las partes por una mediación o arbitraje.

- 3) La autoridad laboral da traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de desempleo y recaba informe preceptivo de inspección de trabajo sobre la misma y desarrollo de las consultas. El informe es en 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de finalización del período de consultas.
- 4) Si hay acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se aplica como tal, tanto si se articulan suspensiones como reducciones de jornada. Se presume entonces que concurren las causas empresariales en la medida adoptada (art.47.1 ET), a diferencia de los despidos colectivos. El acuerdo sólo puede ser impugnado, a través de la autoridad laboral, por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Puede también ser impugnado a petición de la entidad gestora de desempleo si tiene por objeto la obtención indebida de estas prestaciones por parte de los trabajadores afectados.
- 5) Si no hay acuerdo, decide la empresa (art.47.1 ET). Existe entonces una notificación de las suspensiones y reducciones de jornada por causas empresariales a los trabajadores afectados y a la autoridad laboral. La autoridad laboral lo comunica a la entidad gestora del desempleo a efectos de protección social por desempleo en ambas situaciones, total o parcial.
- 6) Durante estas medidas, se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a las actividades de los trabajadores para aumentar su polivalencia y empleabilidad (art.47.4 ET)

En ERES suspensivos y de reducción de jornada donde se supera el número de afectados de los umbrales del art.51 ET, los representantes de los trabajadores pueden impugnar vía conflicto colectivo las medidas en 20 días hábiles desde la notificación (art.47.1 ET, art.138.4 LJS y 153.1 LJS). El procedimiento es urgente y preferente, con acto en 5 días desde admisión de demanda y sentencia en 5 días (art.138.5 LJS). La demanda de conflicto colectivo de los representantes suspende las acciones individuales hasta sentencia que tendrá eficacia de cosa juzgada en los procesos individuales (art.47.1 ET, 138.4 y 160.3 LJS).

Como precisa, tras la LRL, el art. 47. 1 ET, la sentencia puede declarar, tras el juicio oral, la medida justificada, injustificada si carece de causa con reposición a situación anterior y condena a la empresa del pago de los salarios dejados de percibir, o, en su caso, el abono de las diferencias respecto el importe recibido en prestaciones de desempleo, con reintegro de las mismas del empresario a la entidad gestora, y nula si se incumplió el procedimiento de

consultas o vulneraron derechos fundamentales (art 138.7 LJS) con idénticas consecuencias jurídicas en la reposición a la situación anterior y abono de daños. La diferencia de la calificación está en la ejecución, si es injustificada y no se cumple sentencia se ejecuta con la extinción del contrato del art.50 ET con la indemnización de despido improcedente, y si es nula, se ejecuta la sentencia en sus términos a no ser que el trabajador opte por esta posibilidad (art.138.8 y 138.9 LJS en conexión con arts.279-281 LJS).

Al igual que normas anteriores, la reforma (art.16 LRL) reconoce la reposición del derecho a la prestación del desempleo si, tras estas medidas, existen despidos, componiendo a estos efectos un régimen jurídico que puede ordenarse del siguiente modo. En primer lugar, para la hipótesis de que una empresa, como resultado de lo previsto en el artículo 47.1 y 2 ET o de un procedimiento concursal, haya suspendido contratos de trabajo, de forma continuada o no, o haya reducido el número de días u horas de trabajo, y posteriormente tenga lugar la extinción de los contratos conforme a los artículos 51 o 52.c) ET, o art.64 ley concursal, se reconoce el derecho de los trabajadores afectados a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por “el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas suspensiones o reducciones, con un límite máximo de 180 días”, y sometido al cumplimiento de dos condiciones de índole temporal: a) Que las suspensiones o reducciones de jornada hayan tenido lugar entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, ambos inclusive; b) Que el despido se produzca entre la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, 12 de Febrero 2012, y el 31 de diciembre de 2013 (artículo 16.1 LRL). Por su parte, la reposición del derecho a la prestación por desempleo puede darse en tres escenarios, verificables en el momento de extinción de la relación laboral: a) La reanudación del derecho a la prestación por desempleo; b) La opción por la reapertura del derecho a la prestación por desempleo inicial, ejerciendo el derecho de opción que contiene el artículo 210.3 de la Ley General de Seguridad Social; c) Que se haya agotado la prestación por desempleo durante la suspensión o la reducción de jornada y no se haya generado un nuevo derecho a prestación por desempleo contributiva. La reposición se aplica, conforme al art.16.3 LRL, al mismo derecho a la prestación de desempleo que se consumió durante la suspensión o reducción temporal de jornada. La base de cotización y la cuantía a percibir serán las mismas que las que correspondieron a los períodos objeto de reposición.

2. Expedientes de regulación de empleo extintivos : problemas prácticos

En este nuevo marco normativo, resultante del DLR y de la vigente LRL, expongo una serie de problemas prácticos en los expedientes de regulación de empleo extintivos y ofrezco soluciones jurídicas favorables a los intereses de los trabajadores y del sindicato. Las respuestas son razonadas conforme a las bases jurídicas vigentes resultantes de la LRL, con entrada en vigor el 8 de Julio de 2012, que modifica en su art.18.3 el art.51 ET, teniendo en cuenta que ya el DLRL cambió esta materia, entrando en vigor el 12 de Febrero de 2012.

a) ¿Qué referencia existe en la medición de la causa económica del despido?

El art.51.1 ET, en la versión art.18.3 LRL, conecta la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas a la referencia de tres trimestres consecutivos. El trimestre consecutivo de la situación económica negativa carecía de parámetro de comparación en el DLRL, por lo que resultaba difícil su aplicación. La tramitación de la ley ha solucionado esta laguna porque el art.18.3 LRL, que da nueva redacción al art.51.1 ET, opta por la comparación de ingresos ordinarios o ventas con el mismo trimestre del año anterior. Es decir, se entiende 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. La referencia es ahora más clara, con seguridad jurídica.

Hay que constatar que por la OM 487/2012 (BOE 13-III) está, por ahora, vigente el RD 801/2011 de ERES que exige en la documentación dos ejercicios contables de la empresa con distintos requisitos (balance de situación, contabilidad, cambio en patrimonio neto, estado de flujos efectivos, cuenta de pérdidas, auditoría si es obligatorio). Por tanto, los representantes de los trabajadores, en la negociación del ERE, desde la referencia de tres trimestres consecutivos comparados con los del año anterior, tienen derecho a exigir la documentación de dos ejercicios contables para al menos constatar esta comparación de merma de ingresos ordinarios o ventas.

b) ¿Existe control automático o de oportunidad de la causa del despido?

La gran cuestión de la reforma 2012 en el control de la causa económica, organizativa, técnica o de producción del despido en un ERE del art.51 ET, e indirectamente del despido objetivo del art.52.c ET, es este interrogante. El DLRL y ahora la LRL eliminan el anterior juicio de razonabilidad de la decisión extintiva, versión ley 35/2010, para, por causa económica, “preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa” y para, por causa técnica, organizativa o de producción, “prevenir una evolución negativa de la empresa o mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos que favorezca esa posición competitiva o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. En apariencia, la decisión normativa es desplazar un juicio valorativo sobre la adecuación, razonabilidad y finalidad del despido hacia un juicio automatizado de meros hechos económicos o empresariales. Así parece dictarse desde la exposición de motivos de ambas normas, DLRL y LRL, al expresar que el control judicial debe ceñirse al control de hechos, sin juicios de oportunidad sobre la gestión de la empresa.

Esta operación jurídica, en espera de la próxima jurisprudencia, no resulta tan sencilla, si ésta es realmente la intención de la reforma. De un lado,

el propio art.51.2 ET exige al inicio del ERE una “memoria explicativa” de las causas del despido, el número de afectados y los criterios de designación, lo que implica, de suyo, una explicación razonable y de oportunidad de la empresa, susceptible luego de control judicial. De otro lado, como novedad significativa de la LRL, el propio art.51.2 ET exige que junto a la comunicación a los representantes de los trabajadores y la autoridad laboral debe acompañarse “toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se determinen”, lo que implica documentar las razones de la empresa, abriendo un posible posterior control judicial tanto de la documentación aportada como de las razones alegadas para despedir. El art.51.2 ET implica ya, por tanto, un control formal y de fondo de los despidos, sobre criterios de razonabilidad, oportunidad y adecuación, pese a la eliminación de la literalidad de dicho control. La clave para determinar el alcance de este control va a estar, en parte, en las exigencias reglamentarias a las que se remite el art.51.2 ET. En la actualidad, la OM 487/2012 mantiene prácticamente en vigor la documentación de los ERES del RD 801/2011 (arts.6-8). En espera del inminente reglamento de desarrollo, la norma reglamentaria exige a la empresa un informe razonado y bien documentado de las causas económicas alegadas, así como una memoria explicativa en su caso de los cambios técnicos, organizativos o de producción con la explicación razonable y adecuada de los despidos en relación con los fines propuestos. No está vigente el art.8.b del reglamento, en coherencia con la eliminación del juicio de razonabilidad en la ley, pero de la documentación se desprende esta conclusión. Por tanto, si bien la reforma 2012 peca de un exceso de minimalismo en la redacción de la causa del despido, del propio art.51.2 ET y de la normativa reglamentaria aún vigente se puede deducir que persiste un juicio de razonabilidad de las medidas extintivas planteadas en el ERE. El borrador de reglamento de ERES va en la dirección de exigir una documentación similar al Decreto 801/2011, sobre la base de una memoria explicativa y dos años de cuentas. Por tanto, si se confirma esta opción, estará aún más claro que ahora la necesidad empresarial de razonar los despidos, de los sindicatos de exigir las razones documentadas, y de los jueces de entrar en el juicio de oportunidad y proporcionalidad de los despidos.

Desde luego, la parte sindical debe exigir en la negociación del ERE, sobre estas bases jurídicas, esta documentación y memorias explicativas, en clave de razonabilidad y adecuación. Pero, también, aún en el nuevo modelo sin autorización administrativa y con impugnación judicial, hay que afirmar que el juez está vinculado por estas exigencias legales y reglamentarias y por la documentación presentada en el ERE, participando por ello de un control, formal y de fondo, de razonabilidad y oportunidad de los despidos. Desde luego, la defensa jurídica sindical en la impugnación, colectiva o individual, de un ERE debe partir de estas bases jurídicas y exigir un juicio de razonabilidad y oportunidad conforme a la memoria explicativa y documentación presentada en su tramitación. El cambio legal, en fin, visto de esta perspectiva con base jurídica, no es tan impactante como su apariencia : los despidos por causa empresarial en un ERE deben continuar siendo razonados, en función de medidas y fines perseguidos, por las empresas. Y los jueces van a controlar de manera inevitable la razonabilidad y la oportunidad de los despidos unilateralmente decididos por la empresa en el nuevo art.51 ET.

Por ello, el anterior criterio jurisprudencial de la proporcionalidad en los despidos por estas causas toma vigor cuando los jueces van a tener que decidir sobre, a veces, un amplio número de afectados por la medida extintiva. La situación económica negativa debe ser proporcional a los despidos adoptados por la empresa cuando no hay acuerdo con los representantes de los trabajadores; por ejemplo, no es lo mismo un 3 por 100 de pérdidas que un 60 por 100 para justificar despidos, igual que es diferente, en un mismo hecho económico, despedir a 5 que a 300. De igual modo, los cambios técnicos, organizativos o de producción, en sí mismos, no pueden justificar todos los despidos planteados, y la empresa deberá razonar la proporcionalidad de las extinciones con los fines planteados; por ejemplo, cambiar el sistema de producción de algunos puestos o de muchos puestos de trabajo es diferente, al igual que afectar a 5 o a 200 por dichos cambios. La proporcionalidad medio/fin en estas medidas debe ser alegada por la parte sindical, en la negociación e impugnación judicial, y el juez, que aplicará principios generales de argumentación jurídica y el mero sentido común, tendrá en cuenta la correlación proporcionada entre razones alegadas y número de despidos.

Los primeros pronunciamientos judiciales en las impugnaciones de ERES van en la dirección de los argumentos expuestos. La STSJ Madrid 30-V-2012, aplica la nulidad de los despidos por defectos formales del hoy art.124.11 LJS (en la sentencia art.124.9 LJS) porque la memoria presentada es genérica, sin documentación contable, sin que, por tanto, la empresa haya razonado sus decisiones extintivas. La STSJ Madrid 11-VII-2012 también declara nulos los despidos por falta de documentación, entrando en el fondo del asunto cuando niega la causa económica, por no razonar la previsión alegada de pérdidas, y la causa técnica, descartada cuando simultáneamente la empresa contrata para esos puestos de trabajo a temporales. La SAN 25-VII-2012 también se sitúa en esta línea, declarando nulos despidos no tramitados globalmente en los centros de trabajo. La primera línea judicial parece consolidar un control de fondo y oportunidad de las decisiones extintivas, con respeto máximo al tratamiento formal del ERE.

En conclusión, por todo lo expuesto, hay motivos jurídicos para, tras la reforma 2012, continuar defendiendo en los ERES extintivos un juicio de oportunidad, tanto en el plano de la razonabilidad y adecuación, como en el de la proporcionalidad entre despidos y fines perseguidos.

Si existen dudas en esta interpretación, cabe finalmente también alegar principios generales tan básicos como la buena fe y la interdicción del abuso de derecho del art.7 CC que exigen cierta explicación racional de las medidas adoptadas en virtud del art.51 ET o, en un plano internacional, el convenio OIT 158 que apela a un control judicial de la justificación del despido en función de las necesidades de la empresa con idéntica consecuencia. Si se descarta la interpretación aquí ofrecida desde la literalidad del art.51.2 ET en conexión con la norma reglamentaria, ambas bases jurídicas generales, art.7 CC y convenio OIT 158, reducen el nivel de exigencia y de control, pero confirman que la causa empresarial del despido no puede sustentarse nunca en meros hechos sin juicio racional de las decisiones adoptadas. La apelación a estas reglas

generales mitiga, por tanto, el intento normativo de sustraer el control de fondo del despido a los jueces, siendo difícil una automatización cuando existe un límite internacional como el convenio OIT 158 y unas reglas generales que impiden la mala fe y el abuso del derecho otorgado.

c) ¿El despido es una última ratio tras agotar la flexibilidad interna?

Tanto el DLRL como la LRL insisten en su exposición de motivos que los cambios normativos tienen la finalidad de potenciar la flexibilidad interna como alternativa a los despidos. Esta proclamación no se confirma luego en la regulación que facilita y abarata sustancialmente los despidos a través de distintas técnicas jurídicas, entre las que se encuentra el nuevo modelo de ERE. Las exposiciones de motivos carecen de fuerza jurídica normativa y no vinculan a los jueces, pero no dejan de ser una referencia para la interpretación auténtica de los creadores de normas jurídicas, en este caso del DLRL y de la LRL. Con esta cautela, desde una posición jurídica sindical, hay que defender que el despido colectivo en un ERE es la última medida empresarial tras haber intentado o agotado las múltiples medidas alternativas de flexibilidad interna que ofrece el nuevo marco laboral. En las impugnaciones judiciales de ERES extintivos, además de lo antes reseñado en relación con las causas, debería introducirse por la parte sindical el argumento de la última ratio del despido por causa empresarial.

Una mayor coherencia de la reforma hubiera exigido una traslación expresa en la norma de este principio de última ratio, como sucede en otros países europeos, con un control judicial centrado en el intento o agotamiento por parte de la empresa de las vías de flexibilidad interna. La tramitación del DLRL en la LRL tampoco ha dado ese paso, pero como será razonado, da más argumentaciones jurídicas que antes en esta dirección. En definitiva, la que desde luego debe ser utilizada en un ámbito jurídico sindical.

Dejando de lado la exposición de motivos, muy clara en este aspecto, el principio de ultima ratio se puede deducir de la redacción de las causas de la flexibilidad interna – descuelgues de convenios colectivos del art.82.3 ET, modificación de condiciones laborales contractuales del art.41 ET, suspensiones y reducciones de jornada del art.47 ET- frente a las del despido colectivo del art.51 ET.

Los nuevos arts.82.3 (descuelgues) y 47.1 ET (suspensiones y reducciones de jornada), tras la LRL, declaran que existe causa económica “cuando de los resultados de la empresa se desprende una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas”, entendida ésta en todo caso si la disminución es en “dos trimestres consecutivos inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”. El nuevo art.51.1 ET (despidos), tras la LRL, declara que existe causa económica, “cuando de los resultados de la empresa se desprende una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas”,

entendida ésta en todo caso si la disminución es en “tres trimestres consecutivos inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”. Esta escala de dos trimestres de disminución de ingresos ordinarios y ventas en comparación con el trimestre del año anterior para proceder a descuelgues de convenios y a suspensiones o reducciones de jornada frente a los tres trimestres en comparación con el trimestre del año anterior para despedir, ofrece la interpretación de intentar antes las medidas de flexibilidad interna (art.82.3 y 47 ET) que el despido, con una escala gradual de dos y tres trimestres de merma de ingresos y ventas. La alegación de causa económica puede fundamentar esta interpretación literal de la última ratio, sobre las bases jurídicas de los arts.82.3, 47 y 51 ET.

En cuanto a las causas técnicas, organizativas o de producción lo cierto es que la redacción tan abierta de los arts. 82.3, 47 y 51 ET es similar, recopilando cambios en medios o instrumentos de producción, sistemas y métodos de trabajo del personal y demanda de productos. Pero, más allá de la literalidad, resulta coherente una interpretación sistemática conexas a la de la causa económica de estos tres preceptos, alegando el intento previo de adoptar medidas de flexibilidad interna antes de despedir sobre la base de estos cambios empresariales. La escala de cambios en descuelgues y suspensiones o reducciones de jornada frente a los del despido como ultima ratio puede ser alegada, aunque no exista tanta claridad de parámetros como en la causa económica. Además, una de las vías de flexibilidad interna, la modificación contractual del art.41 ET, tiene unas amplias causas técnicas, organizativas o de producción, relacionadas con la competitividad y productividad de la empresa, que, en contraste con el art.82.3 y 47 ET, pero sobre todo con el art.51 ET, facilitan la interpretación de la ultima ratio de despedir ante cambios empresariales. Por tanto, en procesos de reestructuración empresarial, primero la empresa debe explorar modificar condiciones contractuales, vía art. 41 ET, luego descolgarse de convenios, vía art.82.3 ET, o suspender y reducir jornada, vía art. 47 ET, y en última instancia proceder al despido colectivo, mediante el cauce del art. 51 ET.

Desde otro punto de vista, el principio de última ratio del despido puede defenderse porque, en acuerdos de flexibilidad interna (art.82.3, 47.1 y 2, 41 ET) se presume la causa alegada mientras que en los despidos no (art.51 ET). Es decir, se facilitan así los acuerdos de flexibilidad interna, permaneciendo el control causal sólo en los despidos, por lo que, de manera escalonada, hay que entender que primero hay que intentar acuerdos, donde se presume la causa, para, luego despedir, controlando la causa.

En definitiva, tanto por causas económicas, como por causas técnicas, organizativas o de producción es viable defender la aquí presentada tesis de la última ratio del despido que exige a la empresa explorar o intentar al menos antes medidas de flexibilidad interna. El intento o agotamiento de posibilidades no es una exigencia de resultado, pues la empresa puede alegar con razones la imposibilidad o ineficiencia de estas medidas alternativas en su planteamiento, pero, al menos, debe existir un juicio de exploración de estas vías antes de romper contratos de trabajo. La parte jurídica sindical debe alegarlo en juicio y corresponde al empresario probar este intento o esta

imposibilidad o ineficiencia, dentro del control judicial del ERE extintivo. Ello exige, en fin, que el juez valore este criterio de control del despido.

En conclusión, la reforma 2012 no está cerrada en su coherencia y se aleja de la claridad de su exposición de motivos – alternativas al despido – pero, como ha sido razonado, en su sistemática (art.47.1 y 2, 40, 41 y 82.3 ET en conexión con el art.51 ET) ofrece interpretaciones que ubican al despido como la última ratio de las medidas empresariales. La parte jurídica sindical debe así alegarlo para fomentar una jurisprudencia que vaya en esta dirección. La incorporación jurisprudencial del criterio de última ratio, junto a una hipotética potenciación en la negociación de los ERES de planes sociales y de recolocación, reequilibraría el nuevo modelo laboral, en clave de flexibilidad interna, superando a medio plazo el ya constatado primer efecto de la reforma de incentivar la destrucción de empleo.

d) ¿Qué papel tiene ahora la autoridad laboral en el ERE y cómo puede ayudar a la parte sindical?

La supresión de la autorización administrativa en los ERE extintivos puede tener como efecto una menor implicación de la autoridad laboral en los despidos colectivos, cuando antes hacía, al tener capacidad final de decisión, un loable papel de mediación y ayuda que incentivaba los acuerdos entre los representantes de los trabajadores y empresa.

Sin embargo, desde la parte jurídica sindical, deben aprovecharse al máximo las posibilidades que ofrece el nuevo art.51 ET, más aún tras la nueva redacción del art.18.3 LRL, para que la autoridad laboral correspondiente continúe implicándose en la tramitación y negociación de los ERE extintivos. Subrayo, a estos efectos, el papel que tiene la autoridad laboral en el art.51 ET, en al versión vigente de la LRL :

- En el inicio del ERE, la empresa debe enviar un escrito a los representantes de los trabajadores con las causas del despido, el número y clasificación profesional de los afectados y de los empleados en el último año, el período de preaviso para los despidos y los criterios de designación de los despedidos. Se remite copia de este escrito a la autoridad laboral (art.51.2 ET). Por tanto, desde un inicio, la autoridad laboral tiene conocimiento del ERE, lo que es importante para la interlocución con la parte sindical.

- La autoridad laboral comunica a su vez el inicio del ERE a la entidad gestora de desempleo (art.51.2 ET). Por consiguiente, también se implica la entidad gestora del desempleo con el personal correspondiente que haga su trabajo. Los representantes de los trabajadores tienen también este interlocutor público. La entidad gestora del desempleo controlará fraudes en la obtención indebida de las prestaciones de desempleo por ERES, incoando una posible impugnación judicial a través de la autoridad laboral con estos efectos (art.51.6 ET).

-La autoridad laboral comunica a su vez el inicio del ERE al correspondiente Inspector de Trabajo (art.51.2 ET). Es obligatorio el informe de

la Inspección de Trabajo sobre el escrito de ERE de la empresa y desarrollo de las consultas. El informe será en 15 días desde la notificación a la autoridad laboral del fin de las consultas, teniendo en cuenta que éstas duran 15 o 30 días en empresas de menos o más de 50 trabajadores. Puede haber una interlocución entre los representantes de los trabajadores y el Inspector de Trabajo que, como antes, puede continuar haciendo funciones de mediador. Como luego expondré, su informe va a ser fundamental en la tramitación del ERE, y esencial a efectos de la impugnación judicial de despidos.

-La autoridad laboral velará por la efectividad de las consultas y puede remitir advertencias y recomendaciones a las partes, pero sin suspender nunca el procedimiento (art 51.2 ET). Como precisa la LRL, a petición conjunta de las partes, la autoridad laboral puede realizar funciones de mediación con el fin de solucionar los problemas planteados por el despido colectivo. A petición de parte o incluso de oficio, también podrá realizar funciones de asistencia durante la negociación (art.51.2 ET). Estas referencias expresas de la norma al papel proactivo de la autoridad laboral puede ser aprovechada por la parte sindical, reclamando estas acciones en medio de las consultas. Como antes, la autoridad laboral bien puede ser un incentivo de acuerdos, una instancia que media en el conflicto, que ofrece soluciones en la negociación del ERE o que presta asistencia técnica. La parte sindical debe tener en cuenta este papel, con interlocución directa con el personal correspondiente que represente la autoridad laboral en el conflicto.

- La autoridad laboral recibe el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y puede impugnarlo judicialmente por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (art.51.6 ET). También puede impugnarlo cuando la entidad gestora de desempleo haya informado que el acuerdo tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones de desempleo de los afectados (art.51.6 ET).

De estas bases jurídicas se deduce que, más aún tras la nueva redacción del art.51.2 ET de la LRL, la autoridad laboral continua teniendo un gran papel proactivo en los ERES extintivos que debe ser aprovechado por la parte sindical. Es cierto que ya la autoridad laboral no decide finalmente los despidos, en caso de desacuerdo, pero eso no elimina, ni debería eliminar, su papel mediador, vigilante e implicado en un ERE extintivo como bien se ha precisado en la tramitación del DLRL en la vigente LRL. Los representantes de los trabajadores pueden dirigirse, en este sentido, a los funcionarios correspondientes de la autoridad laboral competente que gestione el ERE, al Inspector de Trabajo que debe elaborar un informe sobre el ERE, y a los funcionarios de la entidad gestora del desempleo con competencias también en el ERE. Tres planos de autoridad laboral donde la parte sindical debe tener interlocución directa, buscando, si es preciso, ayuda, asistencia técnica, cooperación y mediación en el conflicto. Cambia el modelo, pues ya no decide la autoridad pública, pero no inevitablemente los procedimientos ni prácticas anteriores, siendo imprescindible para ello que la parte sindical aproveche las oportunidades ofrecidas por la nueva norma jurídica.

e) ¿Qué efectos jurídicos tiene el informe de Inspección de Trabajo en el ERE?

Como ha sido expuesto, el Inspector de Trabajo debe obligatoriamente elaborar un informe sobre la propuesta empresarial de ERE - causas alegadas, afectados, criterios de designación - y sobre el desarrollo del período de consultas (art.51.2 ET). Informe que debe ser evacuado en 15 días desde la notificación de la finalización del período de consultas, quedando incorporado al procedimiento.

Los representantes de los trabajadores deben tener, por tanto, interlocución directa con el correspondiente Inspector de Trabajo que elabora el informe sobre el ERE. Tanto en relación con la motivación y efectos del despido planteado por la empresa como con el desarrollo del período de consultas. Puede incluso el Inspector de Trabajo, como antes era ya habitual, hacer funciones de mediación en el conflicto. La libertad del Inspector de Trabajo es, en este sentido, mayor que en el anterior modelo. Antes, podía estar condicionado por sus superiores (director general de empleo de turno), a la hora de elaborar el informe porque decidía la Administración Pública. Ahora, que decide la empresa, el Inspector de Trabajo no tiene ningún condicionamiento más allá de su profesionalidad y criterio propio. Por tanto, el nuevo modelo potencia el papel aún más que antes del Inspector de Trabajo, lo que debe ser aprovechado por la parte sindical.

El informe del Inspector de Trabajo del art.51.2 ET, sobre motivación, efectos y consultas del ERE, es obligatorio, por lo que su ausencia es un defecto sustancial de forma que debe ser alegado si se impugna judicialmente el despido colectivo. El informe además debe entrar en la valoración de la causa del despido porque si no carece de sentido. Así hay que reivindicarlo desde un punto de vista sindical.

No es, sin embargo, un informe vinculante para el juez, en ninguna norma se determina esta cualidad jurídica (ni en el art.51 ET ni en el art.124 LJS). Pero el informe del Inspector de Trabajo se incorpora a la documentación del procedimiento que recibe el juez en caso de impugnación judicial del ERE (art.51.2 ET en conexión con art.124.9 LJS), y que manejan las partes en el juicio oral. Desde un punto de vista sindical, el informe del Inspector de Trabajo tiene que ser una referencia a la hora de impugnar el ERE y en la defensa jurídica en el juicio. Dicho claramente : ante un informe negativo del Inspector de Trabajo sobre el ERE, ya en motivación y efectos del despido, ya en el desarrollo de las consultas, hay que sin duda impugnar el ERE. El juez no está vinculado por este documento y criterio, pero sí puede verse muy influenciado por lo allí expuesto. Previsiblemente, en espera de jurisprudencia, los jueces van a tener como referencia el informe del Inspector de Trabajo y es fácil ofrecer como hipótesis que declararán no ajustados a Derecho o incluso nulos despidos decididos por la empresa ante informes negativos.

En definitiva, si el informe es positivo, hay que alegar que no es vinculante y ofrecer argumentos propios por el abogado sindical. Si el informe es negativo,

es una prueba muy sólida para impugnar el ERE y ganar la demanda o demandas correspondientes.

f) ¿Qué papel tienen ahora los planes sociales en el ERE?

El papel de los planes sociales en los ERES está tras la reforma 2012 mucho más difuso que antes, donde en la versión art.51.4 ET ley 35/2010, las empresas quedaban expresamente obligadas a presentarlo en empresas de más de 50 trabajadores. Ahora, este deber desaparece literalmente y no se hace mención alguna del mismo en el escrito de presentación del ERE en el art.51.2 ET. Sin embargo, como será razonado, de la redacción del desarrollo de las consultas en cualquier ERE del art.51.2 ET se puede deducir que los planes sociales van a continuar teniendo una gran importancia.

Con la regulación vigente (art.51.10 ET), sólo en despidos – no en empresas, sino en despidos - de más de 50 trabajadores debe ofrecerse un plan de recolocación externa a través de empresas autorizadas. Dicho plan diseñado para mínimo 6 meses debe tener medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada y búsqueda activa de empleo, con coste económico asumido por la empresa y nunca por los trabajadores. En esta línea, la OM 487/2012 declara que el plan social queda sustituido en el reglamento por este plan de recolocación. La nueva redacción del art.51.10 ET de la LRL encomienda a la autoridad laboral, a través del servicio público de empleo, verificar la acreditación del cumplimiento de esta obligación de presentar un plan de recolocación del art.51.10 ET.

La sustitución de un obligado plan social por este otro muy limitado de recolocación en despidos de más de 50 trabajadores, en estos términos, llama la atención en una reforma que se presenta como defensora de la flexibilidad interna y de las alternativas a los despidos. Si hay un instrumento en esta dirección es el plan social en los ERE como bien demuestran experiencias europeas donde su funcionamiento y eficacia es ejemplar.

Pero dicho esto, hay que aclarar que por supuesto se pueden negociar planes sociales en los ERES. Es más, del art.51.2 ET se deduce un deber de negociar alternativas sociales a los despidos planteados en un ERE. El art.51.2 ET plantea las consultas con los representantes de los trabajadores, en la línea de la directiva europea 98/59, para “evitar o reducir despidos y atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento”, aún también con la sola referencia específica a la colocación y empleabilidad. Puede deducirse así indirectamente que el plan social – o al menos las “medidas sociales de acompañamiento” en el tenor literal de la ley - tiene que formar parte de cualquier negociación de un ERE con vistas a cumplir esta finalidad de evitar o reducir despidos. A su vez, el propio art.51.10 ET reconoce directamente el plan social al declarar que el incumplimiento de los planes de recolocación, o “de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario” son reclamables si existe incumplimiento empresarial, sin perjuicio de responsabilidades administrativas (nuevo art.8.14 LISOS). Por tanto, pese a estar ahora más difuso en la regulación, el plan

social puede ser exigido, negociado, acordado y reclamado, y debe ser siempre un objetivo sindical, con este apoyo jurídico, en un ERE extintivo.

g) ¿Se pueden continuar pactando prejubilaciones en el ERE?

Sí, se pueden continuar pactando prejubilaciones en el ERE extintivo como era habitual en ciertos casos con el modelo anterior, siempre que exista consentimiento individual del prejubilado y, si afecta a trabajadores de más de 55 años, se abonen las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial en los términos previstos por la LGSS (art.51.9 ET).

La novedad de la reforma 2012 en este sentido es el nuevo art.51.11 ET que endurece económicamente las condiciones de las prejubilaciones en los ERES extintivos, desincentivando su pacto. Ahora, algunas empresas que incluyan, por esta vía, a trabajadores de más de 50 años en el ERE, deben efectuar una aportación económica al Tesoro Público conforme a las reglas de la DF 4ª LRL, que cambia la DA 16ª en la ley 27/2011. El ámbito son empresas de más de 100 trabajadores con beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores. El importe económico de la aportación empresarial al Tesoro Público por cada prejubilado, conforme a la nueva DA 16ª ley 27/2011, depende del porcentaje de afectados, beneficios y número de trabajadores en la empresa, y es en cualquier caso muy gravoso, lo que seguro desincentivará la negociación y acuerdos de prejubilados en los ERE extintivos.

h) ¿Qué alcance tiene la nulidad del despido por incumplimiento del período de consultas?

Una vez eliminada la autorización administrativa, la clave del ERE reside aún más que antes en las consultas obligadas entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Desde un punto de vista sindical, la exigencia de apertura de una auténtica negociación de buena fe como declara el art.51.2 ET, la presentación de la documentación exigida en los términos reglamentariamente previstos como también expresa el art.51.2 ET tras la LRL (hoy la remisión reglamentaria es al todavía vigente RD 801/2011), la exploración de medidas sociales de acompañamiento como literalmente dice el art.51.2 ET, el cumplimiento de los plazos de 15 o 30 días antes de la decisión de la empresa en su caso y la búsqueda del acuerdo, son cuestiones que deben ser respetadas por la empresa y reclamadas por la parte sindical.

En este marco, el gran instrumento jurídico sindical para asegurar un auténtico cumplimiento del período de consultas está, tras la LRL, en los arts 124.2.b, 124.11 y 124.13.c LJS. El art.124.2.b LJS prevé como causa de impugnación de los despidos en demandas, “que no se haya realizado el período de consultas o entregado la documentación del art.51.2 ET”. El art.124.11 LJS declara nulos los despidos “cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el art.51.2 ET”, lo que implica la readmisión y pago de salarios de tramitación

conforme los arts.123.2 y 3 LJS. El art.124.13.c LJS establece la misma consecuencia en impugnaciones individuales de los despidos. Tanto en vía individual como colectiva, por tanto, la impugnación judicial de los despidos decididos unilateralmente en un ERE no acordado puede sustentarse así en el incumplimiento de las consultas y del deber de documentación del art.51.2 ET con la pretensión de nulidad de las extinciones de los contratos de trabajo efectuadas.

Por consiguiente, el espacio jurídico de la defensa de las consultas en un ERE extintivo es grande y esencial en la defensa sindical. Por supuesto, desde la base de los arts.124.2.b, 124.11 y 124.13.c LJS, pueden ser impugnados, colectiva o individualmente, despidos de ERES donde no hubo ni siquiera un cumplimiento formal del período legal de consultas del art.51.2 ET, ni entrega de documentación, o la empresa decidió despedir antes del plazo máximo previsto para la negociación. Pero, más allá de la literalidad, es viable desde un punto de vista sindical plantear impugnaciones por esta razón, alegando la falta de realización efectiva de las consultas y documentación exigidas en el art.51.2 ET, con la consecuencia de la nulidad extintiva, en negociaciones de mala fe, en defectos de documentación en las consultas, en falta de transparencia, y en bloqueos sin explorar alternativas sociales donde la empresa desde el inicio sólo quería despedir. Todo ello está contenido en el art.51.2 ET, que mencionan los arts. 124.2.b, 124.11 y 124.13.c LJS de referencia, aunque en apariencia con mayor restricción en supuestos de total ausencia de consultas o de entrega de documentación. Hay, por tanto, que intentar estas vías jurídicas desde el interés sindical.

Los primeros pronunciamientos judiciales en la impugnación de ERES van en la línea de exigencia de una consulta efectiva y una entrega de toda la documentación conforme al art.51.2 ET. Así, la STJS Madrid 30-V-2012 declara nulos los despidos, en virtud del hoy art.124.11 LJS (124.9 LJS en la sentencia), ante una inexistencia de un verdadero período de consultas, limitándose la empresa a exponer su posición inamovible, sin una auténtica negociación, y debido a una defectuosa entrega de la documentación. De igual modo, la STSJ Madrid 11-VII-2012 anula los despidos por falta de documentación en la alegación de la causa económica y técnica. La SAN 25-VII-2012, por su parte, insiste en la importancia de la negociación del ERE con los representantes de los trabajadores, anulando despidos negociados individualmente con los trabajadores.

La jurisprudencia terminará delimitando el incumplimiento del período de consultas y de la documentación que conlleva la nulidad de los despidos conforme al art.124.11 y 124.13.c LJS, pero, desde un punto de vista sindical, antes deben ser impugnados despidos adoptados unilateralmente por las empresas con estas conductas previas en la negociación.

i) ¿Qué consecuencias jurídicas tienen las prioridades legales o acordadas de permanencia en el ERE?

El art.51.5 ET declara que “los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa” tras un ERE. Desde la defensa de intereses sindicales, esta garantía jurídica, ya anterior y no modificada, debe quedar clara y ser reclamada en caso de incumplimiento empresarial. El despido de un representante al que no se le garantiza la prioridad de permanencia del art.51.5 ET es la nulidad del despido con readmisión y salarios de tramitación. Conforme al art.124.11 LJS, esta conducta entraría claramente en una extinción que vulnera un derecho fundamental, la libertad sindical, aún ejercida individualmente por cada miembro de la representación unitaria, con el efecto de la nulidad. Pero para despejar cualquier duda, el art.124.13 LJS expresamente declara nulos los despidos que no respeten la prioridad de permanencia legal del art.51.5 ET. Esta nulidad no afecta a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia.

A su vez, el art.51.5 ET prevé, como novedad, que los convenios colectivos o los propios acuerdos en consultas, puedan establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como “trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o discapacitados”. Pertenece a la estrategia sindical y empresarial entrar a acordar este tipo de prioridades. Si se establecen, la protección jurídica es la misma que en una prioridad legal, esto es, conforme al art.124.13 LJS, la nulidad del despido si son incumplidas.

Por tanto, con ambas bases jurídicas, se abre así otra vía táctica en la negociación del ERE y jurídica en caso de decisión final empresarial con la fortaleza del despido nulo por incumplimiento de las prioridades de permanencia. Las demandas, en tal caso, son siempre individuales (arts. 124.2 LJS conexo al art.124.13.a LJS), de los afectados personalmente por el incumplimiento, y si sus despidos son declarados nulos, el resto de extinciones no quedan afectadas (art.124.11 LJS).

j) ¿El empresario tiene límites en la designación de trabajadores despedidos tras un ERE sin acuerdo?

La primera respuesta a este interrogante va unida al problema anterior. El primer límite de la empresa si decide despedir unilateralmente es el de las prioridades legales y acordadas de permanencia con la expectativa sindical de nulidad de los despidos (art.124.13 LJS).

Pero más allá de ello, hay que subrayar que ya en la propuesta inicial del art.51.2 ET, la empresa debe razonar los “criterios de designación” de los despedidos, que formará parte de la negociación del ERE. Estos criterios y luego su ejecución tienen un límite esencial, que es el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas de la CE. Por ello, una de las causas de impugnación de un ERE es la vulneración de estos derechos como prevé el art.124.2.d LJS, en una dimensión colectiva, y el art. 122.2.a LJS, en la individual. Los despidos que vulneren estos derechos fundamentales en la

designación son, conforme a los arts.124.11 y 122.2.a LJS, nulos con readmisión y salarios de tramitación. La designación unilateral que conlleve discriminación por género, por edad, por discapacidad, por raza, o por cualquier otro factor personal, puede dar lugar a demandas colectivas o individuales de despidos nulos de los afectados. De igual modo, la designación que vulnere la libertad sindical, religiosa, la intimidad, la libertad de expresión o ideológica etc ...

Se abre, por tanto, desde el ángulo de los designados en el ERE, otro ámbito de defensa jurídica sindical, tanto en vía individual como colectiva, sobre la alegación de discriminaciones y vulneración de derechos fundamentales. Tendrá en estos casos la empresa, previa presentación de indicios por el abogado sindical, que probar que la designación no es discriminatoria ni vulnera derechos fundamentales, sino que está razonada, es proporcional y es objetiva desde un factor empresarial, ajena en definitiva al factor personal y del derecho alegado.

En esta cuestión es importante diferenciar la dimensión colectiva e individual de la vulneración del derecho fundamental correspondiente. Por un lado, puede haber ERES con un factor colectivo de vulneración de derechos, como prevé el art.124.2.d LJS en conexión con el art.124.11 LJS. Serán supuestos donde la designación de los afectados está marcada colectivamente por un factor discriminatorio o que atenta a derechos fundamentales. En este caso la demanda será presentada por los representantes de los trabajadores conforme al art.124 LJS. Por otro lado, dentro de un ERE pueden existir situaciones individuales que atentan contra derechos fundamentales, que originarán una demanda del afectado concreto conforme a los arts.120-123 LJS a los que se remite el art. 124.13 LJS. La nulidad del art.122.2.a LJS tendrá efectos exclusivos en el demandante, sin afectar, salvo otras demandas, al resto de despidos en el ERE. Estas demandas individuales pueden sustentarse también en los motivos de nulidad asociados a los derechos de conciliación laboral y familiar de los arts.122.2.c,d y e LJS (embarazadas, permiso de maternidad y paternidad etc ...). El examen de la designación de afectados en un ERE, a efectos de su impugnación, debe tener esta doble perspectiva, la colectiva si existe en esta dimensión una vulneración y, sobre todo, la individual, cuando a un designado se le vulneran derechos fundamentales o derechos de conciliación familiar.

k) ¿Cuándo comienza a contar el plazo de caducidad para impugnar los despidos en un ERE y ante que órgano judicial se presenta?

El ERE, como ha sido ya expuesto, tiene dos fases. Una, colectiva (art.51.2 ET), precedida de un período de consultas, que puede desembocar o no en acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Otra, individual (art.51.4 ET), tras el fin de consultas, haya o no acuerdo, con en su caso notificación a cada despedido del despido, con carta individual alegando causa y puesta a disposición de los 20 días salario/año o lo acordado (art.53.1 ET).

En la fase colectiva, si no hay acuerdo, la empresa notifica a los representantes de los trabajadores la decisión final del despido colectivo y sus condiciones (art.51.2 ET). Conforme al art.51.6 ET y especialmente arts. 124.1 y 124.6 LJS, los representantes podrán interponer una demanda colectiva contra esta decisión final con el plazo de caducidad de 20 días desde esta notificación tras el período de consultas.

En la fase individual, con o sin acuerdo, la empresa debe preavisar con 15 días, por remisión al art.53.1 ET, y siempre deben transcurrir 30 días entre la fecha de inicio del ERE, comunicación de la apertura de consultas a autoridad laboral, y fecha de efectos del despido. El plazo de caducidad de 20 días para la acción de despido comienza con esta notificación individual exigida en el art.51.4 ET en conexión con el art.121.1 LJS. El art.124.6 LJS, tras la LRL, declara que la demanda colectiva presentada por los representantes de los trabajadores suspende este plazo de caducidad en las acciones individuales.

Las fases colectiva e individual se desenvuelven en tiempos distintos. Esto es importante a efectos de caducidad de las acciones colectiva e individual de despido sobre la referencia de 20 días. Son fechas distintas que dan prioridad a la vía colectiva. Interpuesta la demanda colectiva, se paralizan las acciones individuales ya interpuestas (arts. 51.6 ET y 124.13.b LJS) y se suspende la caducidad de las acciones individuales (art.124.6 LJS), siendo, por tanto, viable, tras sentencia colectiva, interponer una acción individual, teniendo en cuenta esta suspensión de plazo de caducidad.

La impugnación colectiva e individual se presenta ante órganos judiciales distintos. La colectiva (arts.7.a y 8.1 LJS), si los efectos no trascienden una CC.AA, es ante el TSJ correspondiente, y si los trascienden, ante la AN como confirma la SAN 25-VII-2012. Estas sentencias son recurribles en casación ante el TS (arts.124.11, 191.3.a y 206.1 LJS). La individual, se presenta ante el juzgado social competente (art.124.13 LJS), con recurso de suplicación ante TSJ (art.191.3.a LJS).

I) ¿Qué efectos tiene la sentencia sobre el ERE en la demanda colectiva?

Como ha sido expuesto en la introducción normativa, los despidos en un ERE pueden impugnarse judicialmente de manera individual (art.124.13 y 120-123 LJS), pero también por una vía colectiva a través de representantes de los trabajadores (art 124.1 LJS), quedando, si es así, paralizadas las acciones individuales hasta sentencia (art.124.13.b LJS). Pertenece a la estrategia sindical utilizar, en su caso, esta vía colectiva que impugna judicialmente el ERE en su totalidad por, conforme a los motivos del art.124.2 LJS, falta de causa, incumplimiento de las consultas o entrega de documentación del art.51.2 ET, vulneración de derechos fundamentales y fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Las prioridades de permanencia, como ha sido anticipado, se tramitan por vía individual exclusivamente (art.124.2 LJS).

La clave del nuevo sistema es la determinación de los efectos que tiene una sentencia en esta demanda colectiva del ERE, una vez paralizadas las acciones individuales (art.124.13.b LJS) y suspendidos los plazos de caducidad (art.124.6 LJS). Hay que tener en cuenta que, en la tramitación, se prevé desde un inicio la localización de los domicilios de los afectados por el ERE impugnado, para la notificación de la sentencia (art.124.9 LJS), siendo determinante qué debe hacer entonces el trabajador cuando la recibe.

En este sentido, el art 124.13.b LJS declara que esta sentencia colectiva “tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del art.160.5 LJS”. El art.160.5 LJS de remisión declara que “la sentencia colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse que versen sobre idéntico objeto o en directa conexidad con áquel”. Desde un principio, por tanto, tendrá que existir una confrontación entre el objeto del proceso individual con el de la colectiva para que surta efectos la cosa juzgada, en caso de idéntico objeto o directa conexidad. Por tanto, no siempre habrá cosa juzgada sino sólo en los casos previstos en el art.160.5 LJS. En impugnaciones por falta de causa e incumplimiento de consultas o documentación es sencillo determinar esa identidad o conexidad en situaciones individuales, donde emergerá la cosa juzgada colectiva. En vulneración de derechos fundamentales, por el contrario, será difícil esta identificación, porque las situaciones jurídicas individuales pueden tener un concreto derecho afectado independiente del factor colectivo alegado, quedando desactivada entonces la cosa juzgada.

Conforme al art.124.11 LJS, los despidos, en el plano colectivo, pueden declararse por el juez “ajustados a derecho”, si hay causa y se ha cumplido el art.51.2 ET, “no ajustados a derecho” si no hay causa y “nulos” si se ha incumplido las consultas o entrega de documentación del art.51.2 ET, se han vulnerado derechos fundamentales, o ha existido fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. La eficacia colectiva de cosa juzgada del art.124.13.b LJS se proyecta en esta triple calificación judicial – ajustado a derecho, no ajustado a derecho y nulo – pero sólo clarifica sus efectos en los nulos. El art.124.11 LJS, tras la LRL, afirma que la sentencia “declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo conforme a los arts.123.2 y 3 LJS”. Por tanto, en despidos nulos – por incumplimiento de consultas o documentación o vulneración de derechos fundamentales – queda claro que el efecto de cosa juzgada de la sentencia colectiva se proyecta en la situación jurídica individual de cada afectado con un derecho a la readmisión y salarios de tramitación en el marco de los arts.123.2 y 3 LJS. Es decir, que la sentencia colectiva tiene efecto directo en las situaciones jurídicas individuales de los despedidos, con ejecución inmediata.

Queda la duda de los efectos de la sentencia colectiva de despido no ajustado a derecho, donde no existe tanta claridad de la ley. En apariencia, sobre esta eficacia colectiva de cosa juzgada, los trabajadores tendrían entonces que reanudar sus acciones ya interpuestas, que han quedado en suspenso, o efectuar reclamaciones individuales posteriores de su situación jurídica, reanudándose entonces el plazo de caducidad también suspenso,

conforme a los arts.120-123 LJS, para que la calificación judicial del despido surtiera efectos, con el cobro de la indemnización correspondiente al despido improcedente en el caso concreto (art.56.2 ET y 123.2 LJS). Es decir, tras la sentencia colectiva con cosa juzgada sobre la falta de causa, cada despedido podrá interponer una acción de despido individual buscando la declaración judicial de improcedencia – que será automática – y el cobro de la indemnización de 33/45 días de salario/año conforme a lo previsto en el art.56.2 ET. En este caso, se aplicará la acumulación de procesos de despido en el mismo o distinto juzgado de los arts.28.1 y 29 LJS, acordándose de oficio o a instancia de parte tal acumulación en un solo juicio.

Si esa es la intención del legislador, la consecuencia será la dilatación de los procedimientos y la saturación de demandas individuales de despidos improcedentes tras sentencias colectivas en los juzgados sociales, sin perjuicio de tal acumulación procesal en un solo juicio.

Por ello, desde el punto de vista sindical, cabe otra interpretación, conforme a dos bases jurídicas, que pueda hacer viable la ejecución directa de las indemnizaciones de los despedidos tras la sentencia colectiva con eficacia de cosa juzgada del art.124.13 LJS. Por un lado, interpretar de manera sistemática la declaración del despido nulo del art.124.11 LJS con la de improcedencia, entendiendo que los trabajadores tienen derecho a reclamar sus indemnizaciones en una ejecución de la sentencia colectiva. Por otro lado, aplicar entonces el art.247.2 LJS en conexión con el art.160.3 LJS que ya permite la ejecución directa en el plano individual de sentencias de condena en conflictos colectivos u otros títulos ejecutivos colectivos, cuando son susceptibles de una ejecución individual. Hay que entender que, declarado en el plano colectivo no ajustado a derecho un ERE, es susceptible de ejecución individual el cobro de la indemnización del despido improcedente del art.56.2 ET en cada despedido. Si esto es así, la sentencia colectiva de despido con cosa juzgada sería ejecutable en cada afectado con la consecuencia del cobro de la indemnización correspondiente en despido improcedente. El procedimiento aplicable de esta vía será el previsto en el art.247.1 LJS.

En conclusión, los efectos individuales de la sentencia colectiva en los despidos nulos son claramente directos conforme al art.124.11 LJS y, en los despidos no ajustados a derecho, hay que intentar la vía expuesta de la ejecución individual de la indemnización en el marco del art.160.3, 247.2 y 247.1 LJS. La jurisprudencia decidirá si es necesario o no interponer una acción individual en cada caso tras la sentencia colectiva de un ERE no ajustado a derecho pero, sindicalmente, hay que intentar al menos este cauce de la ejecución individual directa más favorable a los trabajadores.

m) ¿Es posible que los trabajadores individuales impugnen judicialmente el despido tras un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores en el ERE?

Sí, es posible que los trabajadores individuales impugnen judicialmente el despido tras un acuerdo entre empresa y representante de los trabajadores en un ERE. Así se deduce del art.124.4 LJS al afirmar que en caso de acuerdo

e impugnación judicial también deberá demandarse a los firmantes del mismo. Una vez acordado el ERE y notificados los despidos por parte de la empresa con la puesta a disposición de la indemnización pactada, como obliga el art.51.4 ET, los trabajadores pueden impugnar el despido a través de la acción individual de los arts.120-123 LJS, haya o no existido acuerdo. En tal caso, como declara el citado art.124.4 LJS, serán demandados también sus firmantes.

Cabe esperar una tendencia judicial a declarar ajustados a derecho los despidos acordados entre la empresa y los representantes de los trabajadores. No existe, tampoco tras la LRL, en el art.51 ET una presunción de causa del despido colectivo en ERES acordados, que mitigaría este riesgo de impugnación individual, pero parece lógico pensar que si se han alcanzado acuerdos con partes legitimadas para ello, los jueces no van a cuestionar la causa del despido. La eliminación de los salarios de tramitación desincentiva, por su parte, la impugnación individual, que buscará en todo caso el diferencial entre la indemnización pactada y la del despido improcedente. Es creó previsible una jurisprudencia que convalide los acuerdos de despidos en ERES.

Otra cuestión es que, ante un acuerdo, los trabajadores puedan alegar la vulneración de sus derechos fundamentales, dados los criterios de designación, o el incumplimiento de preferencias previstas en convenios colectivos. Este espacio (art.124.2, 124.13 y 120-123 LJS) es más complicado en la defensa del acuerdo. Se abre una vía individual, con alegaciones de discriminaciones, vulneración de derechos o elusión de preferencias, que pueden cuestionar acuerdos en ERES. Pero es previsible también que los jueces tiendan a preservar también en estos casos, salvo en situaciones flagrantes, los acuerdos colectivos alcanzados ante demandas individuales. Pero habrá que esperar una jurisprudencia que confirme esta hipótesis.

En definitiva, desde un plano sindical, si se firman acuerdos colectivos de despidos en ERES, existen bases jurídicas suficientes para defenderlos ante impugnaciones individuales.

n) ¿La autoridad laboral u otros representantes de los trabajadores pueden impugnar el acuerdo de despido en el ERE?

Sí, conforme al art.51.6 ET, se admite la impugnación judicial del ERE por la autoridad laboral por fraude, dolo, coacción, abuso de derecho o fraude a la protección social por desempleo. También hay que prever que, como sucedía con anterioridad, estas situaciones serán patológicas y limitadas a casos muy evidentes. La vía procesal en tal caso es el proceso de oficio del art.148.b LJS. La autoridad laboral buscará la declaración de nulidad del ERE impugnado de oficio. Hay que interpretar que también la autoridad laboral puede impugnar de oficio el despido unilateral de la empresa. Como declara el art.124.7 LJS, si una vez iniciado el proceso por los representantes de los trabajadores, se plantea demanda de oficio de la autoridad laboral, se suspenderá ésta hasta la resolución de aquél. La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente.

Más dudoso es que, por la vía del art.124.1 y ss LJS, representantes de los trabajadores pudieran impugnar el acuerdo firmado en el ERE de despidos como demanda colectiva. Parece claro que los firmantes no tienen esta capacidad procesal. Pero podría plantearse que los no firmantes sí, haciendo uso de la demanda colectiva del art.124.2 LJS con razones más extensas que la autoridad laboral, falta de causas, vulneración de derechos e incumplimiento del período de consultas. La LRL confirma indirectamente esta interpretación cuando, en el nuevo art.124.13 LJS establece la legitimación procesal pasiva de los representantes de los trabajadores cuando se impugne individualmente el acuerdo, siempre que no se haya impugnado la decisión extintiva por los representantes no firmantes del mismo. Es decir, que sí pueden representantes de los trabajadores no firmantes impugnar acuerdos de despido en ERE. Tras la LRL, es importante subrayar que el art.124.1 LJS , en previsión de estos casos, exige a la representación sindical que impugna el ERE implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo. La falta de implantación sindical puede ser así motivo judicial para negar la legitimación activa en estos casos.

Si la jurisprudencia confirma esta vía de impugnación, los acuerdos pueden tener esta vulnerabilidad judicial. Pero, en la línea de lo mantenido, los jueces previsiblemente tenderán a preservar los acuerdos de despidos en ERES cuando sean cuestionados.

o) ¿La empresa puede presentar una demanda de acción declarativa de la legalidad de los despidos adoptados en el ERE?

El DLRL no preveía esta posibilidad procesal expresamente, siendo muy discutible que mediante conflicto colectivo la empresa pudiera presentar una acción declarativa de legalidad de los despidos tras el ERE.

La LRL, como novedad significativa, sí prevé este cauce en el nuevo art.124 LJS. Concretamente, el nuevo art.124.3 LJS declara que cuando la decisión extintiva no se ha impugnado de oficio por la autoridad laboral o por los representantes de los trabajadores, una vez transcurrido el plazo de caducidad de 20 días para el ejercicio de la acción colectiva, el empresario en un nuevo plazo de 20 días desde la finalización del anterior podrá interponer demanda “con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva”. La sentencia tendrá naturaleza declarativa y producirá efectos de cosa juzgada en los procesos individuales conforme al art.160.5 LJS. Por tanto, tras la LRL, la empresa sí puede presentar una demanda de acción declarativa de la legalidad de los despidos en el ERE. El art.160.5 LJS de remisión en el art.124.3 LJS declara que “la sentencia colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse que versen sobre idéntico objeto o en directa conexidad con áquel”. Desde un principio, por tanto, tendrá que existir una confrontación entre el objeto del proceso individual con el de la sentencia declarativa para que surta efectos la cosa juzgada, en caso de idéntico objeto o directa conexidad. Por tanto, no siempre habrá cosa juzgada sino sólo en los casos previstos en el art.160.5 LJS. Si se confirma la causa o el debido cumplimiento del período de

consultas o entrega de documentación, la cosa juzgada será clara en acciones individuales de despidos en dicho ERE. Pero en derechos fundamentales difícilmente habrá cosa juzgada porque cada situación individual tendrá que ser examinada en el caso concreto, no existiendo identidad o conexión de objeto con la acción declarativa de la empresa.

La opción del art.124.3 LJS la adoptará la empresa cuando anticipe o ya existan impugnaciones judiciales individuales de los despidos. En tal caso, será conveniente a sus intereses para lograr seguridad jurídica sobre los despidos individualmente impugnados, teniendo en cuenta que la sentencia declarativa tendrá efectos de cosa juzgada en los términos expresados. El nuevo escenario incentiva las demandas colectivas a través de los representantes de los trabajadores, frente a las individuales, lo que debe orientar la estrategia sindical en ERES sobre todo no acordados y jurídicamente cuestionados.

Queda la duda de si, ante un acuerdo en el ERE e impugnaciones individuales, la empresa puede presentar esta demanda declarativa del art.124.3 LJS. Parece que nada lo impide, por lo que esta nueva vía procesal podría ser un contrapeso al riesgo de vulnerabilidad de los acuerdos de despidos en ERES, como respuesta a las hipotéticas salidas judiciales individuales. Se confirmaría así la tesis anteriormente expuesta de que los acuerdos de despidos alcanzados por la empresa y los representantes de los trabajadores van a tener suficiente garantía y seguridad jurídica, en espera de una jurisprudencia en esta dirección.

p) ¿EI FOGASA asume parte de las indemnizaciones en los ERES?

Tras vaivenes normativos, el nuevo art.33.8 ET aclara que en contratos indefinidos celebrados por empresas de menos de 25 trabajadores cuando el contrato se extinga por causa del art.51 y 52 ET, o concurso, el FOGASA responde con 8 días salario/año sobre la indemnización. Por tanto, en ERES de empresas de menos de 25 trabajadores se aplica la cobertura del FOGASA.

En los términos del art.19 DLRL, esta cuantía era antes objeto de resarcimiento al empresario por el FOGASA, por lo que el trabajador recibía la indemnización legal o acordada, y posteriormente la empresa pedía al FOGASA estos 8 días salario/año sobre cada despido con causa empresarial. Ahora, tras el art.19 LRL, el sistema ha cambiado al establecer que el FOGASA “abonará al trabajador” estos 8 días salario/año, siendo éste quien debe dirigirse al FOGASA. La empresa paga si la indemnización es la legalmente mínima, en estos casos, por tanto, 12 días salario/año y los 8 días restantes el trabajador los cobra del FOGASA. Es un cambio importante de la DLRL a la LRL.

En los despidos improcedentes, tanto reconocidos en conciliación como en sentencia, no existe cobertura del FOGASA, como bien aclara el art.33.8 ET. En estos casos, la empresa responde del pago íntegro de la indemnización.

q) ¿Es viable plantear un ERE extintivo en la Administración Pública?

La respuesta a este problema es clara : sí, en el personal laboral, conforme a la DA 2ª LRL que añade una nueva DA 20ª ET. El despido del personal laboral por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral se abre, tras una jurisprudencia controvertida, al sector público. La causa económica es una “situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes”, entendida ésta en todo caso si se produce durante tres trimestres consecutivos. Sorprende que, en este caso, no se haya articulado el parámetro de comparación del art.51.1 ET del año anterior, pero, por sistemática y analogía, podría exigirse tal comparación. La causa técnica es cuando se produzcan cambios en el ámbito de los “medios o instrumentos de la prestación del servicio público que se trate” y causa organizativa cuando se originen cambios en “el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público”. No hay causa productiva. La remisión a los arts.51 y 52 ET es clara, siendo aplicable, con estas singularidades la normativa de los ERES en el sector público, con proyección de los problemas expuestos.

La DA 20ª ET es aplicable, como precisa la DA 2ª LRL, en las Administraciones Públicas, entendiendo como tales los entes, organismos y entidades del art.3.2 Ley de contratos del sector público. Tiene prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con la igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso. El ERE extintivo no es aplicable nunca a los funcionarios.

3. Expedientes de regulación de empleo de reducción de jornada y suspensivos : problemas prácticos

a) ¿Es diferenciable una suspensión contractual de una reducción de jornada?

La suspensión del contrato de trabajo del art.47.1 ET permite interrumpir temporalmente las obligaciones contractuales del trabajador y de la empresa, con la consecuente exoneración del pago de salarios, mientras que la reducción transitoria de jornada entre un 10 y 70 por 100 del art.47.2 ET disminuye proporcionalmente la cuantía salarial, quedando, en ambos casos, salvado el puesto de trabajo del trabajador afectado con la consiguiente protección social, total o parcial, por desempleo en el marco de los adaptados arts.203.2, 208.2 y 3 y 210.5 LGSS.

Aunque conceptualmente pueda estar clara la diferencia entre suspensión y reducción de jornada, la redacción del art. 47 ET, que viene de la ley 35/2010, al igual que la existente en su reglamento de desarrollo 801/2011, muestra la difícil frontera entre ambas instituciones jurídicas. Las reducciones temporales de jornada del art.47.2 ET entre un 10 y 70 por 100 se computan

“sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual”. El cómputo mensual o, no digamos ya, anual, de la reducción de jornada, complica la diferenciación con la suspensión, porque puede originar días sin trabajar sobre esas bases. La suspensión es de días completos continuados o alternos durante al menos una jornada ordinaria, pero al poder ser la reducción en cómputo mensual o anual, puede absorber situaciones en principio suspensivas. Resulta difícil diferenciar entre una suspensión contractual de meses continuados y una reducción de jornada con el referente anual concentrada en semanas o meses a lo largo de un año.

La normativa de desempleo tampoco aclara este problema. El art.203.2 y 3 LGSS califican el desempleo total de “cese total por días completos, continuados o alternos, durante al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión o reducción temporal de jornada del art.47 ET”, mientras que el desempleo parcial es “la reducción temporal de jornada entre un 10 y 70 por 100 conforme al art.47.2 ET”. Queda clara la protección social por desempleo total en ceses de trabajo, continuos o alternos, pero no la diferencia laboral entre suspensión y reducción de jornada en los términos expresados. Sea una u otra, cese total por días completos durante al menos una jornada ordinaria origina prestación por desempleo total. Puede interpretarse, con estos datos normativos, que el cese total de forma continuada es una suspensión contractual mientras que el repartido en el tiempo e intermitente, con días sin y con trabajo, es una reducción de jornada, con la aplicación correspondiente de la normativa de desempleo total. Pero esta diferencia de modelos, continuo-suspensión o alterno-reducción, no queda clara en la redacción literal del art.47 ET ni en el art.203.2 y 3 LGSS.

Desde un punto de vista jurídico sindical, lo importante es subrayar que existe protección social por desempleo total cuando en el ERE se acuerda o decide una cesación de días de trabajo, ya vía suspensión contractual, ya vía reducción de jornada en cómputo más allá del diario (art.203.2 LGSS). Al igual, lo esencial es conocer que en reducciones de jornada donde no se deja de trabajar ningún día completo se aplica la normativa de desempleo parcial respecto a las horas no trabajadas sobre la base establecida (art.203.3 LGSS). También es fundamental hacer valer, en ambos casos (art 16.1 LRL), la reposición del desempleo si existe luego extinción contractual por causa empresarial o concurso con el límite de 180 días y las condiciones allí descritas. En este sentido, desde la perspectiva sindical, es importante el nuevo art.210.5 LGSS que declara que en el desempleo parcial – esto es, reducción de horas sin ceses completos de días – “la consunción de prestaciones generadas se producirá por horas y no por días, con el tiempo equivalente a la reducción de jornada decidida conforme al art.47 ET”. Esto conlleva una importante ventaja respecto a ambas vías, en una, reducción de jornada sin días completos, se consume paro por horas, por lo que la reposición será luego mayor en el tiempo, mientras que en otra, suspensión o reducción con días completos, se consume por días, con efecto en el límite de 180 días de reposición. Debe valorarse en la estrategia sindical este dato, porque puede ser más ventajosa una reducción de jornada con desempleo parcial, que una suspensión o cesación total de días de trabajo, a efectos luego de la reposición de desempleo.

b) ¿Qué son las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en suspensiones contractuales y reducciones de jornada?

El art.47.1 y 2 ET, en la versión DLRL, apelaba, en el caso de la suspensión y reducción de jornada, a “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, sin definir su contenido, lo que planteaba dudas sobre su alcance. Cabían en la versión DRL hasta tres interpretaciones al respecto. La primera, entender que las causas del art.47.1 y 2 ET eran las previstas en los despidos colectivos del art.51 ET, tanto económicas, como técnicas, organizativas o de producción. La segunda, asociar las causas del art.47.1 y 2 ET a las amplias de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art.41.1 ET. La tercera, conectar dichas causas con las del descuelgue de condiciones laborales de convenio colectivo del art.82.3 ET. Las consecuencias en las tres tesis eran diferentes porque la redacción de las causas es diversa en estos preceptos de referencia.

La seguridad jurídica reclamaba una aclaración de este problema como hace la LRL. El nuevo art.47.1 ET, al que se remite el art.47.2 ET, declara que existe causa económica “cuando de los resultados de la empresa se desprende una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas... en todo caso la disminución es persistente su durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o de ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”. A su vez, conecta las causas técnicas cuando “se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”, organizativas con “cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción” y productivas en cambios de “demanda de productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”. De las tres interpretaciones anteriores, la LRL opta por acercar las causas económicas de las reducciones de jornada y suspensiones contractuales a las del descuelgue del convenio colectivo del art.82.3 ET, sobre la referencia de dos trimestres comparativos del año anterior, intentando que la empresa intente o agote antes del despido colectivo del art.51 ET ambas medidas, aunque no se exprese claramente una graduación proporcionada entre ambos planos. Los cambios técnicos, organizativos y de producción, tan ampliamente abiertos, convergen también con el art.82.3 ET pero se acercan a su vez a los del despido colectivo del art.51 ET. Pero queda, en este sentido, más abierto el cambio por la vía de la modificación sustancial de condiciones contractuales del art.41 ET que a través de estas medidas suspensivas y de reducción de jornada del art.47 ET. Las reglas quedan así más claras, sobre todo ante impugnaciones judiciales de las decisiones adoptadas.

La LRL, al dar nueva redacción al art.47 ET, aclara un problema que exigía seguridad jurídica, pero a mi juicio pierde, en los términos expuestos, la oportunidad de integrar de manera global y sistemática las causas de estas medidas de flexibilidad interna con las del despido de los arts.52.c y 51 ET, lo que puede frustrar el objetivo de potenciar alternativas a las extinciones

contractuales. Una vez facilitadas, con decisión final de la empresa, las suspensiones y reducciones de jornada, lo más idóneo habría sido situar al despido por causa empresarial como última ratio, previo intento o agotamiento de ambas medidas o de otras alternativas como las previstas en el art.82.3 y 40 y 41 ET, tal como ha sido razonado también en la pregunta c de los ERES extintivos.

Dicho esto, desde un punto de vista sindical, sí puede interpretarse que la LRL abona el terreno para una interpretación judicial y una práctica empresarial en la dirección planteada. La diferente redacción de la causa económica sobre la referencia de dos trimestres en los descuelgues del art.82.3 ET y suspensiones contractuales y reducciones de jornada del art.47 ET frente a los tres trimestres del despido empresarial de los arts.52.c y 51 ET pueden conllevar esta graduación causal. De igual modo, la más abierta causa de la modificación de las condiciones laborales del art.41 ET frente a la del despido empresarial de los arts.52.c y 51 ET apunta en la misma dirección, aunque aquí queden igualmente abiertas las causas de los descuelgues y estas medidas de flexibilidad interna. La tesis de la última ratio del despido queda, por tanto, fortalecida con la redacción de las causas, en los términos expuestos, del art.47 ET.

c) ¿Estas medidas son temporales o definitivas?

La temporalidad de las suspensiones contractuales no está claramente expresada en el art.47.1 ET pero se deduce de su naturaleza jurídica en el art.45.2 ET, exoneración transitoria de las obligaciones recíprocas de ambas partes del contrato, frente a la extinción del contrato, definitiva, de los arts.49.1 y ss ET. Por su parte, la temporalidad de las reducciones de jornada está claramente expresada en el art.47.2 ET al referirse a una “disminución temporal de entre un 10 y 70 por 100 de la jornada”, y puede deducirse también del art.12.4.e ET, que exige consentimiento del trabajador para la novación del contrato a tiempo parcial.

La temporalidad de ambas medidas queda a su vez clara en la normativa de seguridad social, porque el art.203.2 LGSS contempla la protección social por desempleo total en la “suspensión temporal de contrato o reducción temporal de jornada al amparo del art.47 ET”, y el art.203.3 LGSS por desempleo parcial cuando “el trabajador vea reducida temporalmente su jornada conforme al art.47 ET”, como también constata de manera reiterativa el art.208.1.2 y 3 LGSS. Es indudable, por tanto, que el art.47.1 y 2 ET en conexión con los art.203.2 y 3 y 208.1.2 y 3 LGSS reconoce exclusivamente la suspensión temporal del contrato de trabajo y la reducción temporal de la jornada conforme a las causas y procedimientos allí previstos.

Las suspensiones contractuales nunca van a ser indefinidas. La cesación de efectos de un contrato laboral de manera permanente se gestiona a través de los procedimientos extintivos previstos conforme a los arts.49 y ss ET, y nunca por la vía del art.47.1 ET. A su vez, las reducciones de jornada nunca son definitivas o permanentes por la vía del art.47.2 ET. De hecho, el art.12.4.e ET exige acuerdo individual con el trabajador para la transformación de un contrato a tiempo completo a tiempo parcial. Hay que constatar, en este

sentido, que el art.203.3 LGSS excluye del desempleo parcial las “reducciones de jornada definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato”, sujetas siempre al pacto individual (art.12.4.e ET) y no a la decisión unilateral de la empresa (art.47.1 ET). Precisamente, por ello, aunque con regulación anterior, la STC 213/2005 salva la constitucionalidad de la protección social por desempleo en reducciones de jornada temporales y no en las definitivas, porque en éstas se exige la voluntariedad del trabajador a través de un pacto individual.

Desde un punto de vista sindical, queda clara la temporalidad de estas medidas, ya sean acordadas en el ERE o decididas por la empresa. Si la empresa adopta con carácter definitivo una de estas medidas, sobre la base del art.47.1 y 2 ET, debe abrirse una impugnación judicial y la sentencia será favorable para el trabajador y el sindicato. La novación del contrato a tiempo parcial con carácter definitivo exige siempre pacto individual con el trabajador tal como declara el art.12.4.e ET.

Resulta, por ello, esencial especificar en el acuerdo colectivo alcanzado las condiciones temporales de la medida o que la empresa lo haga en su decisión final ante el desacuerdo porque estas vías nunca son estructurales ni permanentes en la relación laboral. El tiempo acordado o decidido tiene además consecuencias jurídicas esenciales en la protección por desempleo, total o parcial, de los arts.203.2 y 3 y 208.1.2 y 3 LGSS, que determinará la duración de la prestación y su posible reposición si se dan las condiciones del art.16 LRL.

Sorprende, en este sentido, la ausencia de un plazo máximo en el art.47.1 y 2 ET que determine la exigida temporalidad, tampoco incluido en la LRL. La norma jurídica debería haber contemplado un plazo máximo de adopción de estas medidas, para evitar abusos y riesgos de camuflar como transitorias decisiones estructurales, más aún estando en juego el gasto social en desempleo. La ausencia de esta referencia temporal es contrarestada, pero sólo en parte, con la acreditación de la situación legal de desempleo del art.208.1.2 y 3 LGSS que, como aclara la DA sexagésima tercera de la LGSS, exige comunicación escrita de la medida adoptada, de la fecha de sus efectos y “el plazo por el que se producirá la suspensión o reducción de jornada”. La temporalidad es imprescindible en forma de un plazo concreto que determina la duración de los efectos en el contrato de trabajo y de la protección social por desempleo, aún con la criticable ausencia de un plazo máximo legal.

La expectativa, en cualquier caso, de estas medidas del art.47 ET será volver a trabajar conforme a lo previsto, en el caso de la suspensión, y retornar a la jornada y salario de origen, en supuestos de reducción, porque estas medidas ofrecen una capacidad de adaptación a las circunstancias empresariales coyunturales, con el complemento de una protección social transitoria por desempleo, pero no un cauce de novación estructural de contratos de trabajo.

d) ¿Es aplicable la jurisprudencia flexibilizadora anterior sobre reducción unilateral de jornada a través del art.41 ET tras la reforma?

La jurisprudencia del TS anterior a la reforma tendía a admitir reducciones temporales unilaterales de jornada por causas empresariales, sobre la base jurídica de la modificación sustancial de condiciones de trabajo del art.41.1 ET. En el caso más reciente, la STS 7 de Octubre de 2011 avala la legalidad de un caso donde una empresa de servicios disminuye de manera unilateral la jornada de unas trabajadoras de la limpieza – 12 horas a la semana – debido a la reducción en un 30 por 100 de este servicio en la empresa cliente, lo que sirve de causa empresarial para justificar la medida. Pese a la exigencia de acuerdo individual del art.12.4.e ET en la transformación del contrato a tiempo completo en a tiempo parcial, la STS 7 de Octubre de 2011 admite esta decisión empresarial unilateral porque “la mera reducción de la jornada hasta situarla en valores inferiores a los que corresponden a la jornada a tiempo completo comparable no basta para calificar, cuando no existe conformidad del trabajador, la nueva situación resultante de contrato a tiempo parcial” (FD 5). Esta reducción de jornada, concluye el alto tribunal, “decidida unilateralmente por la empresa ante la disminución no discutida de la actividad empresarial, no supuso una vulneración de lo previsto en el art.12.4.e ET, desde el momento en que esa decisión empresarial y la ausencia de conformidad de las trabajadoras no determinaban la transformación del contrato a tiempo completo en tiempo parcial, máxime cuando la medida adoptada tenía el carácter de temporal, aunque ciertamente no se identificase el tiempo durante el que habría de producir efectos” (FD 5). La jurisprudencia se pronunció en términos similares en las SSTS 14 de Mayo de 2007, 15 de Octubre de 2007 y 18 de Septiembre de 2008. El art.41.1 ET, por tanto, abría la posibilidad de reducir unilateralmente jornadas con carácter temporal por causas empresariales, con una merma proporcional del salario sin protección social por desempleo. Esta jurisprudencia perjudicaba claramente los intereses de los trabajadores.

Sin entrar a discutir esta controvertida jurisprudencia, la duda esencial ahora es si, tras la reforma 2012, este criterio judicial puede continuar vigente. La respuesta es no porque ya el art.47.2 ET prevé la reducción unilateral de jornada entre un 10 y 70 por 100 por causas empresariales, con previa consulta sindical en un ERE y protección social por desempleo al afectado o afectados. Este cambio normativo impide ahora, por la vía del art.41.1 ET, como abría antes la jurisprudencia, reducir unilateralmente jornadas con carácter temporal al margen del procedimiento allí previsto. Sería discriminatorio e incoherente asumir esta vía, cuando la reducción es entre el 10 y 70 por 100, en el momento en que es posible, si no se supera el umbral colectivo del art.41.1 ET, prescindir de la consulta sindical y el trabajador no tiene desempleo. Ahora, sindicalmente hay que impugnar estas decisiones sobre el art.41.1 ET por eludir el procedimiento del art.47.2 ET, sin que tenga ya vigor ni fuerza la comentada jurisprudencia. Tan sólo, y es discutible, la empresa podría reducir temporalmente la jornada por la vía del art.41.1 ET en un porcentaje inferior al 10 por 100. Pero por encima de tal porcentaje, hay que cumplir siempre el procedimiento del art.47.2 ET.

Desde este punto de vista, la reforma tiene un efecto favorable a los intereses de los trabajadores y del sindicato.

e) ¿Qué papel tiene la autoridad laboral en el ERE suspensivo y de reducción de jornada?

El procedimiento de los ERES suspensivos y de reducción de jornada del art.47.1 y 2, cualquiera sea el número de trabajadores de la empresa y el número de afectados, es, como ha sido reseñado al inicio del informe, muy similar al de un ERE extintivo, bien que con plazos más breves porque nunca la consulta sindical superará 15 días.

En este sentido, tienen proyección aquí, de igual modo las respuestas a la pregunta d sobre el papel de la autoridad laboral en los ERES extintivos, a las que me remito. Aunque no se diga tan claramente como en el art.51.2 ET, de las bases jurídicas del art.47.1 y 2 ET se deduce que la autoridad laboral puede tener un gran papel proactivo en los ERES suspensivos y de reducción de jornada que debe ser aprovechado por la parte sindical. Sindicalmente hay que defender una aplicación sistemática y analógica de las posibilidades de la autoridad laboral del art. 51.2 ET – mediación a instancia conjunta, asistencia a iniciativa de parte o de oficio – en los ERES del art.47 ET. Así lo confirma al menos el art.22 del borrador de reglamento de ERES, en espera de su aprobación final. Por tanto, es cierto que ya la autoridad laboral no decide finalmente estas medidas, en caso de desacuerdo, pero eso no elimina, ni debería eliminar, su papel mediador, vigilante e implicado en un ERE de estas características.

Una vez cumplidos los trámites del art.47.1 y 2 ET, los representantes de los trabajadores pueden dirigirse, en este sentido, a los funcionarios correspondientes de la autoridad laboral competente que gestione el ERE, al Inspector de Trabajo que debe elaborar un informe sobre el ERE, y a los funcionarios de la entidad gestora del desempleo con competencias también en el ERE. Tres planos de autoridad laboral donde la parte sindical debe tener interlocución directa, buscando, si es preciso, ayuda, cooperación y, en su caso incluso, mediación en el conflicto.

Cambia, en fin, el modelo, pues ya no decide la autoridad pública, pero no inevitablemente los procedimientos ni prácticas anteriores, siendo imprescindible para ello que la parte sindical aproveche las oportunidades ofrecidas por la nueva norma jurídica (art.47.1 y 2 ET en conexión con el art.51.2 ET).

f) ¿Qué alcance jurídico tiene el informe de la inspección de trabajo en el ERE suspensivo y de reducción de jornada?

Al igual que en el ERE extintivo, en los ERES suspensivos y de reducción de jornada es preceptivo un informe del inspector de trabajo (arts.47.1 y 2 ET). La única singularidad respecto al art.51 ET es que el informe es “sobre los extremos” de la comunicación de apertura del ERE y el “desarrollo del período de consultas”. Pese a esta redacción confusa, hay que mantener que el informe debe versar, sobre las causas, motivación, efectos y consulta del ERE suspensivo o de reducción de jornada. Así lo confirma indirectamente el art.138.3 LJS cuando, ante impugnaciones judiciales, el juez puede recabar a su vez informe de la inspección de trabajo, “sobre los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial”.

La ausencia del informe del inspector de trabajo previsto en el art.47.1 y 2 ET es un defecto sustancial de forma que debe ser alegado si se impugna judicialmente la suspensión contractual o reducción de jornada adoptada.

No es, sin embargo, un informe vinculante para el juez, en ninguna norma se determina esta cualidad jurídica (ni en el art.47.1 y 2 ET ni en el art.138 LJS). Pero el informe del Inspector de Trabajo se incorpora a la documentación del procedimiento que recibe el juez en caso de impugnación judicial del ERE (art.47.1 y 2 ET), pudiendo éste solicitar a su vez otro (art.138.3 LJS). Desde un punto de vista sindical, el informe del Inspector de Trabajo tiene que ser, en su caso, una referencia a la hora de impugnar estas medidas empresariales y en la defensa jurídica de trabajadores en el juicio. Dicho claramente : ante un informe negativo del Inspector de Trabajo sobre el ERE, ya en motivación y efectos de las decisiones empresariales, ya en el desarrollo de las consultas, hay que sin duda impugnar las medidas adoptadas unilateralmente por la empresa. El juez no está vinculado por este documento y criterio, pero sí puede verse muy influenciado por lo allí expuesto. Previsiblemente, en espera de jurisprudencia, los jueces van a tener como referencia el informe del Inspector de Trabajo y es fácil ofrecer como hipótesis que declararán injustificadas o incluso nulas suspensiones contractuales y reducciones de jornada decididas por la empresa ante informes negativos.

En definitiva, si el informe es positivo, hay que alegar que no es vinculante y ofrecer argumentos propios por el abogado sindical. Si el informe es negativo, es una prueba muy sólida para impugnar las medidas adoptadas por la empresa y ganar la demanda o demandas correspondientes.

g)¿A través de qué procedimiento y con qué efecto se puede impugnar una suspensión contractual o reducción de jornada?

Ante el desacuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores en una suspensión contractual o reducción de jornada, éstos pueden impugnar judicialmente la medida. El requisito de la demanda colectiva es que, como aclara el art.47.1 ET, el número de afectados supere los

umbrales previstos para el despido colectivo en el art. 51 ET (10 en empresas de menos de 100, 10 por 100 en empresas entre 100 y 300, 30 en empresas de más de 300). La vía procesal es la del conflicto colectivo con 20 días hábiles de caducidad desde la notificación de la medida a los representantes de los trabajadores (art.47.1 ET, art.138.1 LJS y 153.1 LJS). La demanda de conflicto colectivo de los representantes suspende las acciones individuales hasta sentencia que tendrá eficacia de cosa juzgada en los procesos individuales (art.47.1 ET, 138.4 y 160.3 LJS). En este marco procesal, ante la decisión unilateral de la empresa, la salida sindical puede ser esta acción de conflicto colectivo sustentada en la falta de causa del art.47.1 y 2 ET, el incumplimiento del período de consultas, la vulneración de derechos fundamentales, o el abuso, dolo, coacción y abuso de derecho.

Los efectos colectivos de la sentencia en las situaciones jurídicas individuales plantean, así, los mismos problemas que en los ERES extintivos, siendo proyectable la respuesta a la pregunta k del apartado anterior del informe. Como ha sido mantenido, sindicalmente hay que defender los efectos directos, con ejecución, de la sentencia colectiva que es cosa juzgada respecto a las situaciones individuales, sin necesidad de abrir procedimientos individuales, utilizando la vía del art.247 LJS.

De igual modo, el trabajador afectado puede individualmente impugnar la medida, bien por falta de causa y defecto de procedimiento, bien por vulneración de las preferencias atribuidas, a través del procedimiento previsto en el nuevo art.138 LJS. El plazo de caducidad es de 20 días hábiles desde la notificación de la decisión a los trabajadores. Si una vez iniciado el procedimiento, se plantea demanda de conflicto colectivo, se suspende hasta su resolución, con los ya reseñados efectos de cosa juzgada conforme al art.160.3 LJS.

A través de cualquiera de estas vías procesales, los jueces pueden declarar en la sentencia la medida justificada o injustificada. Si el juez, como bien precisa tras la LRL, (art.47.1 y 2 ET en conexión con el art.138.7 LJS), constata la ausencia de causa empresarial o el fraude y abuso de derecho declara la medida injustificada, con reposición a la situación originaria, siendo condenado el empresario “al pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la fecha de reanudación de su contrato o, en su caso, el abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones de desempleo durante el período de la suspensión y reducción, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas”. Existe, así, tras la declaración judicial, una reposición a la situación anterior, siendo ahora concreto, tras la ley, el abono de daños causados al que hace referencia el art.138.7 LJS, con esta fórmula satisfactoria para recuperar con eficacia los salarios perdidos, en conexión con el desempleo cobrado, y para la entidad gestora, a través de la empresa, las prestaciones indebidas de desempleo que serán reintegradas.

A pesar de la llamativa ausencia del art.47 ET, incluso tras la LRL, también la medida puede ser declarada por el juez nula si se incumplió el

procedimiento de consultas o vulneraron derechos fundamentales, en los términos del art 138.7 LJS, con reposición a la situación anterior y, se entiende de manera analógica, las mismas consecuencias de recuperación salarial con las condiciones de una medida declarada injustificada y el añadido de una posible reparación económica de daños ante dicha conducta.

La principal diferencia entre ambas calificaciones judiciales, al margen del matiz de los daños reparados, está en la ejecución, porque si es injustificada y no se cumple, la sentencia se ejecuta con la extinción del contrato del art.50 ET por parte del trabajador con la indemnización de despido improcedente, y si es nula, se ejecuta la sentencia en sus propios términos a no ser que el trabajador opte por esta posibilidad como se deduce de los arts.138.8 y 138.9 LJS en conexión con los arts.279-281 LJS. Por tanto, a estos efectos, aunque las consecuencias sean similares, sí resulta trascendente la calificación judicial de medida injustificada o nula en la sentencia.

h) ¿Es posible que los trabajadores individuales impugnen judicialmente la suspensión contractual o reducción de jornada tras un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores en el ERE?

Sí, es posible que los trabajadores individuales impugnen judicialmente la suspensión contractual o reducción de jornada tras un acuerdo entre empresa y representante de los trabajadores en un ERE. El art.47.1 y 2 ET abre a los trabajadores la posibilidad de impugnación judicial de estas medidas, sin excepcionar las acordadas, por la vía procesal del art.138 LJS.

Aún así, a diferencia de los ERES extintivos, el art.47.1 y 2 ET declara que en caso de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, “se presumirá que concurren las causas justificativas y sólo podrá ser impugnado por la existencia de fraude, dolo, coacción y abuso de derecho en su conclusión”. Quedan, por tanto, muy limitadas las razones de la impugnación individual ante acuerdos de suspensión contractual y reducciones de jornada. Es, por tanto, previsible una jurisprudencia que convalide los acuerdos de suspensiones contractuales y reducciones de jornada en estos ERES.

i) ¿La autoridad laboral u otros representantes de los trabajadores pueden impugnar el acuerdo suspensiones contractuales o reducciones de jornada en el ERE?

Parece deducirse, aunque no se diga con tanta claridad como en el art.51 ET, que los acuerdos alcanzados en el marco del art.47.1 y 2 ET, pueden ser impugnados por la autoridad laboral por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Con un significativo “también” el art.47.1 y 2 ET admite que la autoridad laboral los impugne a petición de la entidad gestora del desempleo cuando el acuerdo tenga por objeto la obtención indebida de prestaciones de desempleo por parte de los afectados. La vía de estas posibles impugnaciones es el proceso de oficio del art.148.b LJS.

Más dudoso es que, por la vía del art.153.1 y ss LJS, conflicto colectivo, en conexión con el propio art.47.1 ET, los representantes de los trabajadores no firmantes pudieran impugnar el acuerdo firmado en el ERE suspensivo o de reducción de jornada como demanda colectiva cuando afecte a más de los umbrales del art.51 ET. El art.47.1 ET habla de impugnar en tal caso la “decisión empresarial”, por lo que puede interpretarse que queda excluido el acuerdo. Es la interpretación más favorable sindicalmente para garantizar el cumplimiento de estos acuerdos, que, como ha quedado dicho, están sujetos además en el art.47.1 y 2 ET a una presunción de causa empresarial en la decisión acordada.

j) ¿En qué condiciones y sobre que base reguladora se repone la prestación de desempleo en suspensiones contractuales y reducciones de jornadas con posterior despido?

Al igual que normas anteriores desde el año 2009 (RDL 2/2009, LEY 27/2009, ley 35/2010), la reforma 2012, en el art.16 DLRL y ahora LRL, reconoce la reposición del derecho a la prestación del desempleo si existen despidos tras una suspensión contractual o reducción de jornada del art.47.1 y 2 ET donde se han consumido prestaciones de desempleo total o parcial. Esta reposición, muy favorable para el trabajador y que hay que hacer valer desde el punto de vista sindical, se sujeta a determinadas condiciones.

En primer lugar, la reposición sólo se da si la extinción de los contratos es un despido por causas empresariales conforme a los artículos 51 o 52.c) ET, o art.64 ley concursal. Se reconoce entonces el derecho de los trabajadores afectados a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas suspensiones o reducciones, con un límite máximo de 180 días. Hay que tener en cuenta, como declara el art.210.5 LGSS, que en el desempleo parcial “la consunción de prestaciones generadas se produce por horas y no por días, con el tiempo equivalente a la reducción de jornada”. El consumo de paro es por días en ceses totales y por horas en las reducciones sin cese total.

La reposición está sujeta al cumplimiento de dos condiciones de índole temporal: a) Que las suspensiones o reducciones de jornada hayan tenido lugar entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, ambos inclusive; b) Que el despido se produzca entre la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, 12 de Febrero 2012, y el 31 de diciembre de 2013 (artículo 16.1). Por su parte, la reposición del derecho a la prestación por desempleo puede darse en tres escenarios, verificables en el momento de extinción de la relación laboral: a) La reanudación del derecho a la prestación por desempleo; b) La opción por la reapertura del derecho a la prestación por desempleo inicial, ejerciendo el derecho de opción que contiene el artículo 210.3 de la Ley General de Seguridad Social; c) Que se haya agotado la

prestación por desempleo durante la suspensión o la reducción de jornada y no se haya generado un nuevo derecho a prestación por desempleo contributiva.

Es importante subrayar que el art.16.3 del decreto-ley 3/2012 declara que la “base de cotización y la cuantía a percibir, durante la reposición, serán las mismas que las que correspondieron a los períodos objetos de reposición”. Se mantiene, por tanto, cuantía de la prestación de desempleo, pese a las nuevas condiciones durante la previa suspensión o reducción de jornada. Teniendo en cuenta siempre el límite de 180 días de la reposición.

La aplicación del art.16 LRL puede originar dos interpretaciones. La primera, entender que la decisión de suspender o reducir jornada se adopte entre el 1 de Enero 2012 y el 31 de Diciembre de 2012 y luego el despido se produzca antes del 31 de Diciembre 2013, siendo determinante el momento de adopción de la medida. La segunda, más restrictiva, entender que la suspensión o reducción se extienda únicamente hasta el 31 de Diciembre de 2012, sin prolongarse durante 2013, siendo el despido anterior lógicamente a la fecha prevista. Sindicalmente hay argumentos para defender la primera interpretación, que permite aplicar la reposición del desempleo, a suspensiones y reducciones de jornada adoptadas en 2012 y que se prolongan en 2013, siempre que el despido sea anterior al 31 de Diciembre de 2013. La interpretación literal del término del art.16 LRL, “se haya producido”, aun con cierta ambigüedad parece asociar la condición al momento de adopción de la medida, no a su duración. La normativa anterior de reposición de desempleo (RDL 2/2009, ley 27/2009, ley 35/2010) era clara en este sentido, bien que con el sistema de autorización administrativa, y hay que entender la LRL continua utilizando el mismo criterio. Si no, la terminología utilizada habría sido más clara. Además, los efectos de la reposición quedarían muy limitados con la segunda interpretación restrictiva, siendo razonable abrir todo el 2013 para estas medidas de flexibilidad interna con derecho a tal reposición, siempre que el despido sea antes del 31 diciembre 2013 como exige literalmente el art.16 LRL. Por tanto, medidas adoptadas hasta incluso el 31 de Diciembre de 2012 se acogerán a este derecho, conforme al art.16 LRL, siendo clave la fecha de la adopción de la suspensión y reducción de jornada.

Es evidente que esta normativa otorga importantes ventajas para los afectados en ERES suspensivos y de reducción de jornada con un posterior ERE extintivo o despido individual por causa empresarial. Sindicalmente hay que hacer valer estas ventajas si se cumplen las condiciones. En este sentido, el art.16.4 admite el reconocimiento de oficio por la entidad gestora de desempleo cuando se reanuda o reabre la prestación, pero cuando ésta se agota, se deberá solicitar la reposición, siendo esencial en ello el asesoramiento sindical.

k) ¿Es viable plantear un ERE suspensivo o de reducción de jornada en la Administración Pública?

No es viable plantear un ERE suspensivo o de reducción de jornada para el personal laboral en la Administración Pública. La DA 3ª DLRL y ahora de la LRL descarta literalmente la aplicación del art.47 ET al sector público,

salvo en entidades públicas que se financian mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado. Por tanto, la respuesta es clara, sólo caben, conforme a la DA 2ª LRL, ERES extintivos en la Administración Pública, pero no, conforme a la DA 3ª LRL, ERES suspensivos o de reducción de jornada del art.47 ET.

CAPÍTULO CUARTO⁹

LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

1. El nuevo marco normativo de los salarios de tramitación tras la reforma laboral 2012

2. Los salarios de tramitación: problemas prácticos

- a) *¿El nuevo art. 56.2 ET posee efectos retroactivos?*
- b) *¿En qué términos la Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto-ley 3/2012 y de la Ley 3/2012 pueden actuar en contra de la retroactividad del art. 56.2 ET?*
- c) *¿El principio de seguridad jurídica y la prohibición de retroactividad contemplada en el art. 9.3 CE afectan al art. 56.2 ET?*
- d) *¿Existe algún supuesto en el que el empresario opte por la indemnización en un despido improcedente y el trabajador tenga derecho a salarios de tramitación?*
- e) *¿Si es despedido improcedente y opta por la indemnización, un empleado titular del derecho de opción que no es representante unitario o sindical percibe salarios de tramitación?*
- f) *¿La definitiva extinción indemnizada del contrato de trabajo solicitada por un trabajador en el trámite de juicio oral genera salarios de tramitación?*
- g) *¿Qué régimen de devolución de prestaciones de desempleo ha de actuar, cuando los salarios de tramitación acompañan a la indemnización sustitutiva de la readmisión?*
- h) *¿Resulta conveniente para los trabajadores aceptar la improcedencia del despido antes del trámite de conciliación previa, utilizando fórmulas similares al despido exprés?*
- i) *¿En qué momento surge la responsabilidad del Estado en materia de salarios de tramitación?*

⁹ María José Serrano García. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UCM

=====

1. El nuevo marco normativo de los salarios de tramitación tras la reforma laboral 2012

El Real Decreto-ley 3/2012 suprimió los salarios de tramitación, en los despidos disciplinarios en los que el empresario optara por la indemnización (art. 56.2 ET). Paralelamente, derogó los mandatos del ET (art. 56.2) y de la LJS (art. 105) que anteriormente permitían a los empresarios llevar a cabo un "despido exprés"; y realizó ciertos ajustes formales en la LJS, con el objetivo de adecuarla a la nueva realidad jurídica derivada de estos cambios (arts. 110, 111 y 281 LJS). Sin embargo, tal y como hacía la legislación precedente, mantuvo los salarios de tramitación, en los despidos nulos y en los despidos improcedentes de un representante sindical o unitario, con independencia del sentido del ejercicio del derecho de opción (art. 56.4 ET).

La Ley 3/2012 recoge las reformas introducidas por el legislador de urgencia. Si bien, ha dado una nueva redacción al art. 56.1 ET, que, con mayor rigor técnico, ha pasado a señalar que *"la opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo"*. Bajo la redacción que le otorgó el Real Decreto-ley 3/2002, este precepto ordenaba 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"*.

Tanto en el Real Decreto-ley 3/2012, como en la Ley 3/2012, la supresión de los salarios de tramitación en los términos expuestos se encuentra acompañada de la modificación de la LGSS. Por un lado, limitándonos a lo que en este lugar interesa, el art. 209.4 LGSS pasa a declarar que el ejercicio de la acción contra el despido no impedirá el nacimiento del derecho a las prestaciones por desempleo; siendo que anteriormente hacía surgir este derecho, una vez que hubiera transcurrido el período que correspondiera a los salarios de tramitación. Y, por otro lado, el art. 209.5 LGSS, que es el encargado de determinar cómo debe efectuarse la devolución de las prestaciones de desempleo que coinciden en el tiempo con los salarios de tramitación, omite los mandatos vinculados a los supuestos en los que la improcedencia del despido se encuentra acompañada de la opción por la indemnización y de una condena en concepto de salarios de tramitación. A causa de esta derogación, las hipótesis que pasa a recoger son las siguientes:

- a) Que el despido se considere improcedente y el empresario opte por la indemnización. En este caso, el trabajador continuará percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comenzará a percibir las, con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo.
- b) Que la consecuencia primera del despido sea la readmisión del trabajador. Si concurre este presupuesto, las prestaciones

que, en su caso, hubiera percibido el trabajador se consideran indebidas. Además, la Entidad Gestora dejará de abonarlas y reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante su percepción. El empresario deberá ingresar a dicha Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios de tramitación, con el límite de la suma de tales salarios. De la regularización de la cuantía de la prestación por desempleo que supere este límite será responsable el trabajador.

- c) Que el contrato de trabajo se rompa de manera definitiva en el proceso de ejecución de un título ejecutivo de despido, a causa de que se comprueba la concurrencia de cualquiera de las siguientes circunstancias: que la readmisión elegida por el empresario no se ha realizado, que se ha llevado a cabo irregularmente, que resulta imposible o que el trabajador quiere romper el vínculo laboral –esto último, si se ha declarado la nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo–. En cualquiera de estos casos, se aplicarán las reglas descritas en el apartado a).
- d) Que en el proceso de ejecución de un despido se compruebe que la readmisión derivada de la nulidad de la decisión extintiva o de la elección de un trabajador que posee la cualidad de representante sindical o unitario no ha sido satisfecha, o bien que lo ha sido irregularmente. Si está presente cualquiera de estos presupuestos, se articularán las reglas contenidas en el apartado b).

Cuando se compara el régimen de devolución de las prestaciones de desempleo recogido en el Real Decreto-ley 3/2012 y el que deriva de la Ley 3/2012, se observa que su única diferencia se encuentra en que el vigente art. 209.5 a) LGSS, distanciándose del consagrado por el legislador de urgencia y con el fin de no ser reiterativo, ha suprimido su último inciso, en el que señalaba que *"el trabajador deberá solicitar el reconocimiento de las prestaciones en el plazo previsto en el apartado 1 de este artículo, tomando como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o, en su caso, la de la resolución judicial"*.

Al margen de todo lo anterior, el Real Decreto-ley 20/2012 otorga una nueva redacción a los arts. 57.1 ET y 116.1 LJS que reduce sensiblemente la responsabilidad del Estado en materia de salarios de tramitación, en la medida en la que queda limitada a aquellos supuestos en los que la sentencia que declara la improcedencia del despido se dicta transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda. Este cambio se completa, con la Disposición Transitoria Séptima del Real Decreto-ley 20/2012, en cuya virtud *"la reforma del régimen de los salarios de tramitación (referida) será de aplicación a los expedientes de reclamación al Estado de salarios de*

tramitación en los que no haya recaído sentencia firme de despido a la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto-ley".

Por lo demás, el legislador no ha aprovechado la oportunidad que le ha brindado la reforma de 2012, para sustituir las referencias a la LPL que contiene el art. 209.5 LGSS (arts. 279.2, 284 y 282), por referencias a la actual LJS (arts. 281.2, 284 y 286). Además, tanto en el Real Decreto-ley 3/2012, como en la Ley 3/2012, cuando ha ajustado el art. 281.2 LJS a los cambios efectuados en el art. 56 ET, ha cometido el error de contemplar por duplicado la condena en concepto de salarios de tramitación. Actualmente, el apartado b) de este precepto ordena que el auto extintivo *"acordará se abone al trabajador las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores"*. Y su apartado c) preceptúa que dicha resolución judicial *"condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada solución"*.

2. Problemas prácticos

a) ¿El nuevo art. 56.2 ET posee efectos retroactivos?

Los mayores y más inmediatos problemas prácticos que generó el Real Decreto-ley 3/2012 estuvieron unidos a la circunstancia de que el nuevo art. 56.2 ET no se encontraba acompañado de una disposición transitoria que señalara los despidos a los que habría de aplicarse; y, más concretamente, que determinara si podía afectar a las rupturas contractuales realizadas antes de su entrada en vigor. Además, la Ley 3/2012 no contiene ningún mandato que cubra este vacío normativo.

La entrada en vigor de la norma de urgencia llevó a ciertos Juzgados de lo Social a negar la retroactividad del nuevo art. 56.2 ET (por ejemplo, SJS núm. 1 de Valencia de 29 de febrero de 2012, FJ 5.º [JUR 2012/121347]) y a otros a inclinarse por la solución contraria (por ejemplo, SJS núm. 2 de León de 20 de febrero de 2012 [núm. resolución 72/2012]), sin que falte alguno que haya elaborado una respuesta más original, como la que consiste en excluir el devengo de salarios de tramitación en la parte del proceso de despido desarrollada durante la vigencia del Real Decreto-ley 3/2012. No obstante, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia mantienen que sólo cabe unir la ausencia de salarios de tramitación en los términos delimitados por el reformador a los despidos realizados después del día 12 de febrero de 2012; es decir, después de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley 3/2012. Partiendo de su doctrina, si un despido es anterior, se encontrará sujeto a los mandatos normativos entonces vigentes, aunque el correspondiente conflicto se resuelva con posterioridad.

Para negar efectos retroactivos al art. 56.2 ET, basta con acudir al art. 2.3 CC, en tanto en cuanto prevé que *"las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario"*. La negación de los efectos retroactivos

contenida en este precepto afecta a los dos tipos de retroactividad perfilados por la jurisprudencia constitucional; a saber, a la retroactividad auténtica y a la impropia. La primera está vinculada a aquellas disposiciones normativas que pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley, ya consumadas; mientras que la retroactividad impropia incide sobre situaciones o relaciones jurídicas aún no concluidas en la fecha de entrada en vigor de la nueva norma (entre otras, STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 17.º; STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 6.º; y ATC 389/2008, de 17 de diciembre).

En idéntica dirección, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha declarado que *“con independencia del grado de retroactividad que se atribuya a la ley posterior, incluso para admitir un grado débil o mínimo, es preciso que ésta así lo disponga, sin perjuicio de que ello no deba entenderse en el estricto sentido de que lo haga expresamente, pues, a falta de previsión expresa, jurisprudencia y doctrina admiten también la retroactividad que resulta tácitamente de la norma posterior (...), retroactividad tácita que ha venido atribuyéndose tradicionalmente a las normas interpretativas, a las complementarias, de desarrollo o ejecutivas, a las que suplan lagunas, a las procesales, y, en general, a las que pretenden eliminar situaciones pasadas incompatibles con los fines jurídicos que persiguen las nuevas disposiciones, pues de otro modo no cumplirían su objetivo”* (STS, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2009, FJ 3.º [RJ 2009/4139]). No obstante, en alguna ocasión, erróneamente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha manifestado que *“el Código Civil en sus Disposiciones Transitorias Primera y Cuarta dio a entender claramente que la retroactividad prohibida en su art. 2 era la retroactividad plena, o sea la retroactividad que alcanzara a regular derechos ya nacidos de hechos realizados bajo la legislación anterior”* (STS, Sala de lo Social, de 27 de junio 2000, FJ 2.º [RJ 2000/5970]; citada, entre otras, por la STS, Sala de lo Social, de 11 de junio de 2001 [RJ 2001/5916]).

Pues bien, el Real Decreto-ley 3/2012 no señaló expresamente que el nuevo régimen de los salarios de tramitación tuviera efectos retroactivos. Además, no cabe en ninguna de las categorías normativas a las que tradicionalmente se les ha permitido desarrollar una retroactividad tácita. A lo que ha de sumarse que el mantenimiento de los salarios de tramitación en los despidos efectuados antes de la fecha de su entrada en vigor no resulta incompatible, con los fines que perseguía el reformador de urgencia, tal y como pone de manifiesto el contenido de su Disposición Transitoria 5.^a –que es la encargada de configurar el régimen transitorio de la rebaja de la indemnización prevista en el art. 56.1 ET–. Y dicho razonamiento no ha perdido virtualidad, con la Ley 3/2012, en tanto en cuanto ésta guarda silencio en la materia; y en su Disposición Transitoria 5.^a reitera los mandatos recogidos en idéntica disposición del Real Decreto-ley 3/2012, con la única salvedad de que sustituye las referencias a la entrada en vigor de esta norma, por la fecha en la que efectivamente entró en vigor, el 12 de febrero de 2012.

En consecuencia, aunque la retroactividad que incide sobre ellos deba ser calificada de impropia –aspecto sobre el que se volverá, en el apartado 2 c) del presente informe–, el actual régimen jurídico de los salarios de tramitación

está sujeto a la prohibición contenida en el art. 2.3 CC. De hecho, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia acuden sistemáticamente a este precepto, para negar efectos retroactivos al Real Decreto-ley 3/2012 (por todas, STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 6 de junio de 2012 [JUR 2012/228998]).

Por otro lado, todo despido es un acto; y, más concretamente, un acto que rompe el contrato de trabajo en la fecha en la que surte efectos, con independencia de su posterior calificación, de que se encuentre acompañado de la indemnización o de la readmisión del trabajador y, asimismo, de que el vínculo laboral se reconstruya posteriormente (por todas, STS, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2007, FJ 3.º [RJ 2007/1770]; aunque existen resoluciones judiciales bastante desafortunadas en su argumentación y redacción, como la STS, Sala de lo Social, de 14 de febrero de 2012, FJ 4.º [RJ 2012/3765]). Por ello, también cabe basar la irretroactividad del art. 56.2 ET, en el principio *"tempus regit actum"* y en la Disposición Transitoria Segunda del CC, que ordena que *"los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior (al propio CC) y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas (en las propias Disposiciones Transitorias del CC)"*. Estas palabras, al igual que las integradas en el resto del régimen transitorio del CC, forman parte del Derecho común y, consecuentemente, pueden aplicarse supletoriamente a las relaciones laborales, siempre que no circunscriban su ámbito de actuación a cuestiones estrictamente civiles. Así lo ha puesto de manifiesto la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en situaciones similares a la derivada de la reciente reforma laboral (por todas, STS, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2007, FJ 4.º [RJ 2007/1770]).

Los pronunciamientos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia también acuden al principio *"tempus regit actum"* y a la Disposición Transitoria Segunda del CC (STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2012, FJ 9.º [AS 2012/211]; STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 23 de abril de 2012, FJ 2.º [número resolución: 2475/2012]; STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2012, FJ 3.º [JUR 2012/129586]; SSTSJ de Castilla León/Burgos, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2012 [núm. resolución: 182/2012] y de 5 de julio de 2012 [JUR 2012/239840]; y ATSJ de Extremadura/Cáceres, Sala de lo Social, de 29 de marzo de 2012 [núm. recurso: 27/2012]). Incluso, algún Tribunal Superior de Justicia ha argumentado que no cabe aplicar retroactivamente el Real Decreto-ley 3/2012, porque la Disposición Transitoria Primera del CC dispone que *"se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca"* (ATSJ de Extremadura/Cáceres, Sala de lo Social, de 29 de marzo de 2012 [núm. recurso: 27/2012]). Ahora bien, repárese en la circunstancia de que este mandato se refiere a derechos *"nacidos"* y, asimismo, en el dato de que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo lo vincula, precisamente, a derechos nacidos durante la vigencia de la legislación anterior (por todas, STS, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 2007, FJ 5.º [RJ 2007/4968]). Idéntica objeción cabe hacer a la aplicación de la Disposición

Transitoria Cuarta, porque se encuentra vinculada a *"las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados"*.

Por lo demás, no cabe articular la Disposición Transitoria Tercera del CC, debido a que afecta a cuestiones relacionadas con infracciones y sanciones.

b) ¿En qué términos la Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto-ley 3/2012 y de la Ley 3/2012 pueden actuar en contra de la retroactividad del art. 56.2 ET?

A tenor de lo ordenado en la Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto-ley 3/2012 y de idéntica disposición de la Ley 3/2012, la rebaja de la indemnización prevista en el art. 56.1 ET afecta a los contratos de trabajo suscritos a partir del día 12 de febrero de 2012. Sin embargo, la ruptura de los vínculos laborales preexistentes se encuentra unida a la indemnización de 45 días de salario, por el tiempo de prestación de servicios desarrollado antes de dicha fecha; y a la de 33 días de salario, por el tiempo de prestación de servicios posterior al día 12 de febrero de 2012. Lo que significa que el nuevo régimen indemnizatorio no puede articularse, en los despidos cuya fecha de efectos se sitúa antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012.

Teóricamente, el traslado de esta conclusión a los salarios de tramitación podría realizarse, atendiendo a la finalidad de la norma y acudiendo a la aplicación analógica. No obstante, la realidad de esta última, de la aplicación analógica, exigiría el previo rechazo de la articulación supletoria de los mandatos del CC, lo que parece prácticamente imposible. Por su parte, la finalidad de la norma conduce al análisis de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2012 y de la Ley 3/2012. En ambas, el legislador señala que el régimen transitorio del nuevo sistema pretende tener en cuenta *"las expectativas indemnizatorias de los trabajadores"*. Por ello, dado que los salarios de tramitación poseen naturaleza indemnizatoria y constituyen uno de los elementos de la condena del empresario, se puede argumentar que la irretroactividad del art. 56.2 ET responde a ese mismo objetivo.

La aplicación analógica requiere la existencia de una laguna normativa y la semejanza jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el regulado, *"entendiéndose que se produce esta semejanza, cuando en el primero están los elementos sobre los que descansa la regulación del segundo"* (STS, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2002, FJ 9.º [RJ 2002/9893]). La analogía *"responde al principio de que si hay igualdad de razón jurídica debe haber también identidad de disposición concreta, debiendo acudir (para ver si procede o no) al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados"* (STS, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2012, FJ 2.º [RJ 2012/4024]). *"La norma que se pretende aplicar, por su identidad de razón con el supuesto, (ha de ser) lo suficientemente expansiva, interpretada correctamente en su finalidad hasta el punto de permitir esa aplicación (...). Por su parte el TC ha declarado que (si) la analogía como medio de integración normativa es un método o procedimiento delicado, pues en definitiva no es más que el uso de*

un argumento lógico, habrá que exigirse en su aplicación, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo" (STS, Sala de lo Social, de 18 de abril de 2011, FJ 3.º [RJ 2011/5814]).

En el camino que se ha de seguir en la articulación de esta doctrina al objeto de la pregunta que constituye la base de estas palabras, ha de manifestarse que concurre una semejanza jurídica esencial entre el supuesto no regulado –el que afecta a los salarios de tramitación– y el regulado –que incide en la rebaja de la indemnización–. Las razones que llevan a afirmar esta semejanza son las siguientes: en primer lugar, los salarios de tramitación y la indemnización sustitutiva de la readmisión poseen naturaleza indemnizatoria; en segundo lugar, ambas indemnizaciones inciden en el coste de los despidos declarados improcedentes; en tercer lugar, la supresión de los primeros y la rebaja de la segunda se contiene en unos mismos cuerpos normativos; y, en cuarto lugar, ambas medidas atienden a las mismas finalidades, que, como se desprende de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2012 y de la Ley 3/2012, no son otras que *"incrementar la eficiencia del mercado de trabajo"* y *"reducir la dualidad laboral"*.

En último término, la aplicación analógica de la Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto-ley 3/2012 y de idéntica disposición de la Ley 3/2012 llevaría a afirmar la presencia de los salarios de tramitación, en los casos en los que el despido ha surtido efectos antes de la entrada en vigor de la reforma. Sin embargo, no podría servir para mantener, con fundamento en el apartado segundo de las mencionadas disposiciones, que no son debidos en la parte del proceso de despido desarrollada después del día 12 de febrero de 2012. Y ello, porque este apartado se refiere a contratos de trabajo vigentes tras la entrada en vigor de la norma de urgencia; presupuesto que no concurre, cuando la ruptura contractual es anterior, a causa del carácter constitutivo del despido. En este concreto externo, no existe la semejanza jurídica esencial que podría justificar la aplicación analógica.

Por último, a pesar de que lo ha mantenido algún Tribunal Superior de Justicia, parece inadecuado aplicar analógicamente la Disposición Transitoria Séptima del ET (STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 23 de abril de 2012 [núm. resolución: 306/2012]). Esta disposición ordena que *"toda extinción de la relación laboral producida con anterioridad al 12 de junio de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, se regirá en sus aspectos sustantivo y procesal por las normas vigentes en la fecha en que aquélla hubiera tenido lugar"*. La razón de la posición aquí mantenido encuentra base, sin necesidad de entrar en otro tipo de consideraciones –que pueden existir–, en la circunstancia de que se atiende a la necesidad de establecer el régimen transitorio de la Ley 11/199, en el supuesto regulado; y de una norma diversa, cuyas finalidades también son, al menos, parcialmente, diversas, en el no regulado.

c) ¿El principio de seguridad jurídica y la prohibición de retroactividad contemplada en el art. 9.3 CE afectan al art. 56.2 ET?

Las sentencias dictadas en suplicación colocan la base del art. 2.3 CC, en el principio de seguridad jurídica; y, acto seguido, reproducen los mandatos del art. 9.3 CE relacionados con la irretroactividad, justificando en los mismos la inaplicación del nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación a los despidos realizados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012. Y ello, *"al no preverse de forma expresa, retroactividad (...) respecto a estos últimos e incidir de forma negativa en los derechos anteriormente reconocidos, al eliminarse el reconocimiento de los salarios citados si se opta por la indemnización"* (STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2012, FJ. 3.º [JUR 2012/129586]; en similar dirección, STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2012 [núm. resolución: 182/2012], STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2012, FJ 9.º [AS 2012/211] y STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 23 de abril de 2012, FJ 2.º [núm. Resolución: 2475/2012]).

Pero, ¿realmente, existe una lesión del principio de irretroactividad consagrado en el art. 9.3 ET, si se niega la presencia de salarios de tramitación en los despidos declarados improcedentes anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012?

Como se ha señalado en líneas previas, el Tribunal Constitucional vincula la retroactividad auténtica, que es la única prohibida en el art. 9.3 CE, a aquellas disposiciones que pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley y ya consumadas; o, con otras palabras, que pretenden afectar a relaciones consagradas y a situaciones agotadas, a derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no sólo a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas. Si se cumplen estos presupuestos, la prohibición constitucional de retroactividad, opera plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común pueden desvirtuarla. Sin embargo, la licitud o ilicitud de una retroactividad impropia, que es la que incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, resulta de una ponderación de bienes llevada a cabo, caso por caso, teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concurrentes (STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 17.º; en idéntica dirección, STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 6.º; y ATC 389/2008, de 17 de diciembre).

Una vez expuesta la doctrina constitucional, ha de destacarse que el despido rompe el contrato de trabajo y genera una situación en la que se encuentran pendientes los efectos definitivos de esta ruptura contractual. Por sí sólo, no otorga al trabajador el derecho a percibir salarios de tramitación. Realmente, es su calificación posterior la que, en su caso, genera tal derecho; y, tras la reforma de 2012, además, como regla general, unida al sentido del ejercicio del derecho de opción. De modo que en el momento en el que surte efectos un despido, no puede afirmarse que los salarios de tramitación constituyen un derecho consolidado, asumido e integrado en el patrimonio del

trabajador afectado, tal y como exige la retroactividad auténtica prohibida en el art. 9.3 CE.

Ahora bien, la anterior conclusión no impide afirmar que la aplicación retroactiva del nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación lesiona el art. 9.3 CE, aunque, eso sí, en la vertiente de principio de seguridad jurídica. Y ello, porque no respeta las bases jurídicas señaladas hasta a este momento que conducen a su exclusión. En este orden de ideas, ha de destacarse que la jurisprudencia constitucional ha declarado que *"la seguridad jurídica viene a ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada (...). (Ha de ser) entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (,) como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (...)"* (STC 104/2000, de 13 abril, FJ 7.º). Y, en la misma dirección, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo señala que *"la seguridad jurídica (...) exige el conocimiento previo de la norma que va a aplicarse a una determinada situación jurídica, de manera que las situaciones y relaciones jurídicas se rigen por la vigente al tiempo en que aquellas acontecen o se producen. Certeza, predecibilidad y confianza en el ordenamiento vigente son exigencias por razón de la seguridad jurídica, que, de acuerdo con el viejo axioma "tempus regit actum", conducen a establecer al principio general de que las normas son por regla general irretroactivas salvo que excepcionalmente en ellas se diga lo contrario"* (STS, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 2011, FJ 2.º [RJ 2012, 3400]).

d) ¿Existe algún supuesto en el que el empresario opte por la indemnización en un despido improcedente y el trabajador tenga derecho a salarios de tramitación?

El art. 56 ET, en su apartado primero, vincula el ejercicio del derecho de opción a la persona del empresario; y, en su apartado segundo, la presencia de salarios de tramitación a los supuestos en los que *"se opte por la readmisión"*. Con ello, establece la regla general que lleva a la inexistencia de salarios de tramitación, en los despidos improcedentes que se encuentran acompañados del abono de la indemnización. Sin embargo, el art. 56.4 ET configura la excepción a esta regla general, en idénticos términos que el precepto que precedió al Real Decreto-ley 3/2012, aunque adaptando su formulación a la inexistencia de salarios de tramitación en el supuesto general. Concretamente, ordena que *"si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste; (y) tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación"*.

Ahora bien, el legislador silencia, si es lícito que un acuerdo entre trabajador y empresario prevea la existencia de salarios de tramitación en los supuestos en los que el ET no los recoge. No obstante, debido a que contiene una mejora de una norma de derecho necesario mínimo, todo pacto –sea individual o colectivo– que englobe un mandato de ese género tendrá base en

el art. 3.1 ET. Este precepto dispone que *"los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan (b) por los convenios colectivos (y) (c) "por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados"*. En idéntica dirección, el art. 1.255 CC ordena que *"los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público"*. Y, si nos encontramos ante un acuerdo colectivo, se deberá tener en cuenta que el art. 37.1 CE reconoce la fuerza vinculante de los convenios colectivos; y, si es estatuario, lo previsto en el art. 82.3 ET.

e) ¿Si es despido improcedente y opta por la indemnización, un empleado no representante unitario o sindical y titular del derecho de opción percibe salarios de tramitación?

En ocasiones, las normas y los órganos judiciales extienden la titularidad del ejercicio del derecho de opción a sujetos que poseen cualidades cercanas a las que son propias de los representantes sindicales y unitarios, con la finalidad de garantizar el correcto desarrollo de los procesos electorales y el ejercicio de la función representativa. En todos estos supuestos, si el cambio de titularidad no se encontrara acompañado de las consecuencias previstas en el art. 56.4 ET, la protección adicional que pretende otorgar este precepto quedaría vacía de contenido, pudiendo, incluso, resultar lesionado el art. 28.1 CE, que reconoce el derecho a la libertad sindical, y el art. 1 del Convenio núm. 135 de la OIT, que dispone que *"los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarles, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor"*.

Por lo tanto, ha de destacarse que los trabajadores designados para llevar a cabo tareas de prevención de riesgos laborales y los integrados en un servicio de prevención poseen la titularidad del derecho de opción (art. 30.4 LPRL). Además, siguiendo las palabras de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, *"el derecho de opción ex art. 56.4 ET entre la readmisión y la indemnización en el concreto supuesto de despido declarado judicialmente improcedente, como regla, corresponde a quien en el momento del despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical; (pero), igualmente, al presentado o proclamado como candidato a la elección (y) aquellos empleados cuya candidatura electoral no se haya presentado formalmente antes de su despido, siempre que el proceso electoral este iniciado, la empresa conozca su condición de candidato y haya resultado elegido tras el cese. La razón que apoya esta solución es (la conveniencia de) evitar las injerencias de la empresa en el proceso electoral"* (por todas, STS, Sala de lo Social, de 28 de diciembre de 2010, FJ 2.º [2011/249]). Sin embargo,

no alcanza a *"quien se presenta (como candidato), cuando ya no (es) trabajad(or) de la empresa, por haber sido despedido(o) por razones disciplinarias cuando la empresa no tenía conocimiento de su intención de presentarse a las elecciones y -por lo mismo- era excluible todo propósito de injerencia en el proceso electoral en marcha"* (STS, Sala de lo Social, de 25 de junio de 2012, FJ 3.º, RJ 2012/7629). Y tampoco se extiende a los empleados que dimiten o son destituidos de su cargo representativo (STS, Sala de lo Social, de 26 de diciembre de 1990 [1990/9838]), ni a los delegados sindicales *de facto* (STS, Sala de lo Social, de 3 de noviembre de 2008 [RJ 2008/6091]).

Asimismo, el Tribunal Supremo ha afirmado que la titularidad del ejercicio del derecho de opción corresponde al representante de los trabajadores despedido dentro del año siguiente a su cese en las funciones representativas, por cuanto la protección frente al despido que posee *"quedaría vacía de contenido si, al día siguiente (,) pudiera la empresa, unilateralmente, extinguir su contrato alegando un motivo fútil, por cuánto, aunque el despido se declarara improcedente y se le obligara a abonar una indemnización, quedaría burlado el fin que persiguen los preceptos legales interpretados: garantizar, al menos durante su mandato y un año después, que el empresario no tome represalias directas o indirectas contra quien tiene o ha tenido la representación de sus compañeros de trabajo, pues, en definitiva la realidad es que el temor a ser despedido sin motivo fundado al cesar en funciones representativas, aunque se vaya a percibir una indemnización, restringe la libertad de actuación del representante"* (STS, Sala de lo Social, de 19 de mayo de 2009, FJ 2.º [RJ 2009/3003]).

Al margen de lo expuesto hasta este momento, ha de tenerse en cuenta que los acuerdos colectivos e individuales, con fundamento en los arts. 3.1 ET y 1.255 CC, poseen la facultad de conceder la titularidad del derecho de opción a un trabajador que no tiene la cualidad de representante o que no se encuentra en alguno de los supuestos mencionados, ya que, como sabemos, los mandatos que lo prevén dan forma a una norma de derecho necesario relativo mínimo que, como tal, puede ser mejorada (SSTS, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 1997 [RJ 1997/2313]; de 22 de septiembre de 2005 [RJ 2005/8607]; de 19 de septiembre de 2006 [2006/7437]); y de 21 de junio de 2007 [RJ 2007/5202]). En estos casos, la improcedencia seguida del ejercicio del derecho de opción en favor de la indemnización también debe ir acompañada del abono de los salarios de tramitación.

Únicamente, si un acuerdo establece de forma expresa que tiene como objeto el simple cambio de titularidad y que no alcanza a la condena en concepto de los salarios de tramitación, la inexistencia de estos salarios puede considerarse legítima, en tanto en cuanto se ajustará a la voluntad de las partes manifestada de forma expresa. En caso contrario, el cambio de titularidad habrá de ser acompañado de todas las consecuencias jurídicas previstas para el supuesto normativamente contemplado, que, por lo demás, no pueden considerarse *"cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre (los) que los interesados se propusieron contratar"* (art. 1.283 CC), debido a que están establecidas por el legislador. Y, si el empresario alega que la cláusula en la que se contiene el referido cambio de titularidad es oscura, se puede

articular el art. 1.288 CC, que señala que la interpretación de este tipo de cláusulas *"no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad"*; parte que, añadimos, en tanto en cuanto es la normalmente beneficiada por la inexistencia de salarios de tramitación, salvo que se demuestre lo contrario, tendrá que ser identificada con el empresario (STS, Sala de lo Social, de 16 de mayo de 1991, FJ 6.º [RJ 1991/3914]). A lo que cabe adicionar que el art. 1.256 CC señala que *"la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"*.

Con parecida argumentación, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha defendido la aplicación de los artículos de la ley de ritos laboral que configuran la ejecución en sus propios términos, en un supuesto en el que el convenio colectivo aplicable preveía que los empresarios se comprometían a readmitir a los trabajadores despedidos improcedentemente. Literalmente, afirma que *"la cuestión se centra en determinar (...) si (la) ejecución de la sentencia de despido en sus propios términos (...) sólo cabe acordarla en los casos que el artículo 280 1. LPL establece, esto es, en el supuesto de que el trabajador fuese representante de los trabajadores y hubiese optado por la readmisión y cuando el despido sea declarado nulo, o, por el contrario, caben otros supuestos allí no previstos. (Pues bien), las previsiones del artículo 280 LPL pueden ser aplicadas cuando las partes mutua y voluntariamente deciden que lo sean en determinados supuestos (...). No se puede decir por un lado que se garantiza el derecho a la readmisión del trabajador improcedentemente despedido y, por otro, cuando ha de llevarse a cabo tal incorporación, invocar la imposibilidad de hacerlo y ampararse en la limitación de supuestos del precepto que expresamente se quiso incorporar, aunque sea de forma indirecta, a las relaciones entre las partes firmantes del Convenio. Lo contrario sería dejar en manos de una de las partes el cumplimiento de lo pactado, lo que equivaldría en este caso a la desaparición real de la garantía, el vaciamiento de su contenido y la desnaturalización total del pacto"* (STS, Sala de lo Social, de 26 de diciembre de 2000, FJ 3.º [RJ 2001/1877]; en idéntica dirección, STS, Sala de lo Social, de 5 de octubre 2001, FJ 3.º [RJ 2002/1421]).

Por último, ha de destacarse que la jurisprudencia social considera que cuando un pacto, sin previsión adicional, atribuye a los trabajadores la titularidad del derecho de opción, este cambio habrá de afectar a todas las rupturas que caen dentro del concepto de despido. Y que, por el contrario, si la modificación de la titularidad se encuentra vinculada a un concreto tipo de despido, no cabrá extenderla a otros no contemplados expresamente en el correspondiente acuerdo (SSTS, Sala de lo Social, de 26 de julio de 2005 [RJ 2005/7147] y de 22 de septiembre de 2005 [RJ 2005/8607]).

f) ¿La definitiva extinción indemnizada del contrato de trabajo solicitada por un trabajador en el trámite de juicio oral genera salarios de tramitación?

El art. 110.1 LJS permite al titular de la opción ejercitar este derecho en el acto de juicio oral, en previsión de que el despido sea declarado improcedente (apartado a)). Asimismo, dispone que el trabajador puede

solicitar que la opción en favor de la readmisión se tenga por no hecha, con fundamento en que resulta imposible; y, consecuentemente, que se declare extinguida la relación laboral y se condene al empresario a abonar la indemnización por despido calculada hasta la fecha de la sentencia (apartado b)). Lo que supone una mejora, respecto al contenido del vigente art. 56.1.2 ET, que dispone que *"la opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo"*. En la misma dirección, aunque con una redacción técnicamente más imperfecta, el Real Decreto-ley 3/2012 otorgó al art. 56.1.2 ET una redacción en virtud de la cual *"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"*.

Ahora bien, el legislador no precisa si la ruptura del vínculo laboral en los términos señalados en el art. 110.1 b) LJS se encuentra acompañada de la condena en concepto de salarios de tramitación. No obstante, actúa en esa dirección la literalidad del art. 56.2 ET, que vincula dicha condena a los supuestos en los que el empresario opta por la readmisión, sin precisar que el cumplimiento de tal obligación de hacer necesariamente tenga que ser posible. Además, cabe aplicar analógicamente los arts. 281 y 286 LJS, en la medida en la que permiten que se declare la ruptura definitiva del vínculo laboral, en el proceso de ejecución en el que queda acreditada la imposibilidad de la readmisión. En este supuesto, el órgano judicial dicta un auto que condena al empresario a satisfacer al trabajador: la indemnización recogida en el art. 56.1 ET; los salarios devengados desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia del despido, hasta la de esta resolución judicial; y, en su caso, una indemnización adicional. A efectos de cálculo de las indemnizaciones señaladas, la antigüedad del trabajador se extenderá, hasta la fecha del propio auto.

La aplicación analógica de estos preceptos a los casos en los que la extinción del contrato se declara en la sentencia no presenta ninguna dificultad, en tanto en cuanto la semejanza jurídica sustancial entre el caso regulado – imposibilidad de readmisión manifestada en el trámite de ejecución de un título ejecutivo de despido– y el no regulado –imposibilidad de readmisión manifestada en el proceso declarativo de despido– es evidente. Lo único que diferencia a ambas hipótesis es el momento en el que el empleado comunica al órgano judicial la imposibilidad de llevar a cabo la reincorporación. Y, obviamente, con base en este dato, no puede hacerse de mejor condición a los trabajadores que están en el primero de los supuestos señalados, que a aquellos otros que comunican al juzgador tal imposibilidad en el proceso declarativo. Sobre todo, porque a los empleados puede interesarles más esperar al proceso de ejecución, para, de este modo, ver como la condena en concepto de salarios de tramitación aumenta. Además, antes de la entrada en vigor de la LJS, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo admitió la aplicación analógica de los arts. 279.2 y 284 LPL a la extinción acordada en una sentencia que había declarado la improcedencia de un despido (STS, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2009, FJ 2.º [RJ 2009/5660]).

En resumidas cuentas, si el trabajador pone de manifiesto la imposibilidad de la readmisión en el proceso declarativo, la correspondiente extinción indemnizada del contrato de trabajo se encontrará acompañada del abono de los salarios de tramitación. Si bien, únicamente de los devengados hasta la fecha de la sentencia, en idénticos términos que los fijados en el art. 110.1 LRJ para el cálculo de la indemnización sustitutiva de la readmisión.

g) ¿Qué régimen de devolución de prestaciones de desempleo ha de actuar, cuando los salarios de tramitación acompañan a la indemnización sustitutiva de la readmisión?

La supresión de los salarios de tramitación en los supuestos en los que el empresario titular del derecho de opción se inclina por la indemnización llevó al legislador de urgencia a modificar el contenido del art. 209.5 LGSS y a la Ley 3/2012 a mantener esta modificación –con la salvedad señalada al final del presente epígrafe–. Ahora bien, este cambio, además de innecesario, es distorsionante, porque no tiene en cuenta la posible existencia de salarios de tramitación en los casos en los que el trabajador titular del derecho de opción se inclina por la indemnización; y, asimismo, en aquellos otros en los que un pacto colectivo o individual contempla su presencia, a pesar de que el empresario opte por la indemnización. A lo que debe sumarse, que tampoco valora que la LJS prevé que la extinción indemnizada declarada en un proceso de ejecución genera salarios de tramitación.

Concretamente, el art. 209.5 a) LGSS establece que *"cuando como consecuencia de la reclamación o el recurso, el despido sea considerado improcedente y se opte por la indemnización, el trabajador continuará percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comenzará a percibirlas con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo"*. Pero no recoge ningún sistema destinado a facilitar la devolución de las prestaciones que coinciden en el tiempo con el abono de los salarios de tramitación derivados de la improcedencia de la ruptura contractual. Su anterior redacción, sin embargo, señalaba que el trabajador, en tal supuesto, dejaría de percibirlas, considerándose indebidas y pudiendo volver a disfrutarlas, con efectos desde la fecha en la que finalizara la obligación de abonar los salarios de tramitación, *"previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido, reclamando a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones de desempleo y efectuando la compensación correspondiente por las prestaciones indebidamente percibidas, o bien reclamando su importe al trabajador"*.

Desgraciadamente, la derogación de los mandatos que se acaban de transcribir no se encuentra acompañada de una modificación del art. 209.5 b) LGSS que señale que este precepto ha de aplicarse, en los supuestos en los que la indemnización sustitutiva de la readmisión no excluye el abono de los salarios de tramitación. Además, posee una incidencia refleja, en los salarios derivados de los procesos de ejecución que concluyen con la ruptura del vínculo laboral, puesto que el art. 209.5 c) LGSS, que no ha sido modificado, remite al régimen contenido en el art. 209.5 a) LGSS. De modo que la reforma

de 2012 ha provocado un vacío normativo que obliga al intérprete a determinar el sistema de devolución de prestaciones que ha de articularse, en todos los casos mencionados. Y, en el camino que se sigue para llevar a cabo esta determinación, finalmente se llega a la conclusión de que es necesario aplicar analógicamente el art. 209.5 b) LGSS, en tanto en cuanto existe una semejanza jurídica esencial entre el supuesto regulado en este precepto y aquel en el que la indemnización está acompañada del abono de salarios de tramitación. En ambos, nos encontramos ante un solapamiento de las prestaciones de desempleo y de los salarios de tramitación provocado por un despido improcedente. La única diferencia se encuentra en que la consecuencia última de este despido se identifica con la readmisión del trabajador, en el supuesto regulado; mientras que se concreta en la ruptura definitiva del contrato, en el no regulado.

Con la anterior normativa, es cierto que esta diferencia generó dos regímenes de devolución de prestaciones. Pero ha de tenerse en cuenta que esta duplicidad fue considerada secundaria por la jurisprudencia social, argumentando que tenía un papel instrumental, respecto al cumplimiento del objetivo del art. 209.5 LGSS. Concretamente, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo señaló que las finalidades de la compleja regulación que contiene este precepto *"son fundamentalmente dos: 1ª) por una parte, permitir la coordinación de los efectos de la apertura del derecho con el despido sin esperar a la calificación de éste y las consecuencias que de esa calificación pueden derivarse en orden al periodo de percepción inicial, 2ª) por otra parte, asegurar la incompatibilidad entre percepción de las prestaciones de desempleo y el abono de salarios de tramitación durante el mismo periodo. Para ello, se parte del abono de las prestaciones a partir del despido, pero, si con posterioridad la calificación de éste implica el abono de salarios de tramitación con cargo a la empresa, la doble percepción se evita mediante el reintegro de las prestaciones -prestaciones en sentido estricto y cuotas- (...). Las variantes en función de la asunción del reintegro (compensación de las prestaciones percibidas en el primer periodo por las que han de reconocerse para el segundo; reintegro por el trabajador o reintegro por el empresario) son instrumentales respecto a la idea general que preside el reajuste"* (STS, Sala de lo Social, de 18 de mayo de 2011, FJ 4.º [RJ 2011/4984]). Además, añadimos, el carácter indebido de las prestaciones no encuentra origen en la conducta del trabajador, sino en la del sujeto que le despide improcedentemente. Por ello, lo lógico es que el empleador sea el primer encargado de regularizar la situación.

En último término, la aplicación analógica del art. 209.5 b) LGSS permite afirmar que si se produce la ruptura indemnizada del contrato de trabajo acompañada de una condena en concepto de salarios de tramitación:

- a) Las cantidades percibidas por el trabajador como prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa que no es imputable a este perceptor.

- b) La Entidad Gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante su percepción.
- c) El empresario deberá ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir, con el límite de la suma de estos salarios.
- d) Actuará el art. 227.1 LGSS, respecto al reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario; así como de la reclamación al trabajador, si la cuantía de la prestación hubiera superado la de los salarios de tramitación.

Igualmente, ha de destacarse que el art. 209.6 LGSS ordena que el empresario debe instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social, durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, que se considera de ocupación cotizada a todos los efectos. Asimismo, conviene recordar que se encuentra vigente la doctrina de la jurisprudencia social que, partiendo de la doble finalidad del sistema de devolución de prestaciones contenido en el art. 209.5 LGSS, señala que *"la solución del reintegro no pueda, en principio, aplicarse cuando (...) como consecuencia de la desaparición y/o insolvencia de la empresa, los salarios de tramitación no se han percibido. Si se aplicara esa solución, se produciría un grave y desproporcionado perjuicio al trabajador, que tendrá que devolver unas prestaciones que ha disfrutado por mandato de la ley por una situación real de desempleo y cuando no ha surgido realmente ninguna causa de incompatibilidad (...). Es cierto que los salarios podrían abonarse por el Fondo de Garantía (...) y entonces se estaría ante una situación de incompatibilidad (...). Pero cuando no ha existido ni percepción de salarios de tramitación con cargo a la empresa, ni con cargo al Fondo de Garantía Salarial, no se da el supuesto previsto (...)"* (STS, Sala de lo Social, de 18 de mayo de 2011, FJ 4.º [RJ 2011/4984]).

Por último, ha de destacarse que ni el Real Decreto-ley 3/2012 ni la Ley 3/2012 han aprovechado la oportunidad que les ha brindado la reforma, para sustituir las referencias a la LPL que contiene el art. 209.5 LGSS (arts. 279.2, 284 y 282), por referencias a la actual LJS (arts. 281.2, 284 y 286). Cuando se compara el régimen de devolución de las prestaciones de desempleo recogido en ambos cuerpos normativos, se observa que su única diferencia se concreta en que el vigente art. 209.5 a) LGSS, distanciándose del consagrado por el legislador de urgencia, ya no señala que *"el trabajador deberá solicitar el reconocimiento de las prestaciones en el plazo previsto en el apartado 1 de este artículo, tomando como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o, en su caso, la de la resolución judicial"*. Pero esta supresión únicamente tiene como finalidad no reiterar mandatos ya previstos en el propio art. 209.5 a) LGSS.

h) ¿Resulta conveniente para los trabajadores aceptar la improcedencia del despido antes del trámite de conciliación previa, utilizando fórmulas similares al despido exprés?

El nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación se encuentra acompañado de la supresión de los mandatos del ET (art. 56.2, en su anterior redacción) y de la LJS (art. 105.3, hoy derogado) que anteriormente estaban directamente vinculados al llamado "*despido exprés*". Y ello, con el deseo, declarado en el apartado V de la Exposición de Motivos, tanto del Real Decreto-ley 3/2012, como de la Ley 3/2012, de hacer desaparecer este tipo de rupturas contractuales.

No obstante, todavía hoy, se siguen utilizando fórmulas similares al despido exprés, aunque pueden perjudicar gravemente los intereses de los empleados, porque realmente dan forma a una ruptura contractual pactada. En esta dirección, actúa la jurisprudencia elaborada con anterioridad a las últimas reformas laborales, ya que mantiene que la aceptación por el trabajador de lo que inicialmente constituye un despido supone una extinción de mutuo acuerdo (art. 49.1 a) ET) o, en su caso, una dimisión (art. 49.1 d) ET). En estos casos, afirma la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el empleado acepta voluntariamente la oferta del empresario, a pesar de que tiene la posibilidad de rechazarla y de iniciar la correspondiente reclamación; y este comportamiento no puede quedar sin efectos, por su posterior retractación unilateral destinada a negar la validez de la baja y a anunciar la reclamación por despido (por todas, STS, Sala de lo Social, de 9 de abril de 1990, FJ 4.º [RJ 1990/3431]; y STS, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 1990, FJ 3.º [RJ 1990/2040]).

Ahora bien, el reformador no ha llevado a cabo una modificación de la LGSS que literalmente excluya la posibilidad de que un trabajador pase a la situación legal de desempleo y, en su caso, cobre las correspondientes prestaciones, cuando no reclama en forma y tiempo oportunos contra la decisión empresarial, tal y como preveía antes de las reformas llevadas a cabo por el Real Decreto-ley 5/2002 y la Ley 45/2002. De modo que la actual regulación parece seguir guardo cierta coherencia, con la posibilidad de llevar a cabo un despido exprés.

A día de hoy, en primer lugar, el art. 207 c) LGSS sigue exigiendo, entre otros requisitos, que el empleado se encuentre en situación legal de desempleo, para acceder a las prestaciones contributivas; en segundo lugar, el 208.1 LGSS afirma que está en dicha situación aquél trabajador que es despedido, se entiende que disciplinariamente (1.1 c)) –en otros de su apartados, este mismo precepto se refiere al despido objetivo (1.1 d)) y al colectivo (1.1 a))–; en tercer lugar, el art. 208.2 LGSS indica que no se encuentra en situación legal de desempleo aquel empleado que se coloca en una serie supuestos, entre los que no está la ausencia de reclamación en

tiempo y forma frente a un despido disciplinario; y, en cuarto lugar, conforme a todo lo anterior, el art. 209.4 LGSS, en la redacción que le ha dado el Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012, dispone que *"en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo"*; y añade que *"el ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación"*.

No obstante, la Entidad Gestora puede considerar que un trabajador que acepta la oferta del empresario no tiene derecho a las prestaciones por desempleo, porque no se encuentra en situación legal de desempleo. Y ello, partiendo de lo ordenado en el art. 203.1 LGSS, que dispone que *"el presente Título tiene por objeto regular la protección de la contingencia de desempleo en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el art 208 de la presente Ley"*. Y, asimismo, valorando el contenido del art. 208.2.1 LGSS, que señala que *"no se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores que (...) cesen voluntariamente en el trabajo, salvo lo previsto en el apartado 1.1 e) de este artículo"*, que se refiere a la *"resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40, 41.3 y 49.1 m) y 50 del Estatuto de los Trabajadores"*.

Por otro lado, la circunstancia de que nos encontremos ante un mutuo acuerdo también impide articular a las indemnizaciones pactadas el art. 32.3 ET, que otorga la condición de créditos singularmente privilegiados a las debidas *"por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo"*. Asimismo, queda excluido el art. 33.2 ET, que ordena que *"el Fondo de Garantía Salarial (...) abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos (...). En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias"*. Y, si se han pactado, igualmente, queda enervada la garantía que este mismo precepto concede a los salarios de tramitación.

En otro ámbito, el mutuo acuerdo parece convertir en imposible la aplicación del art. 7 e) de la Ley 35/2006 (en idéntica dirección, Resolución de la Dirección General de Tributos núm. V1440-1, de 7 de junio de 2011). Bajo la vigencia del Real Decreto-ley 3/2012, este precepto ordenaba que estarán exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas *"las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato"* –quedando cubierta la indemnización determinada en un acto de conciliación (Resolución de la Dirección General de Tributos núm. V0912-122 de 6 de abril de 2012)–. A lo que añadía que *"cuando se*

extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estarán exentas las indemnizaciones por despido que no excedan de la que hubiera correspondido en el caso de que éste hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas". Esta última precisión parecía poseer virtualidad práctica, en el ámbito de los despidos disciplinarios, en el momento en el que legislador preveía la posibilidad de llevar a cabo un despido exprés.

Ahora bien, la Disposición Final Undécima de la Ley 3/2012 tiene como finalidad *"aclarar el tratamiento en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de las indemnizaciones por despido, como consecuencia de las diversas modificaciones introducidas por la reforma laboral"* (Exposición de Motivos de la Ley 3/2012). En su virtud, el último inciso del art. 7 e) de la Ley 35/2006 antes transcrito pasa a indicar que, con efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, *"en los supuestos de despidos colectivos realizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 (ET), o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 (ET), siempre que, en ambos casos, se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el (ET) para el despido improcedente"*. Además, lo que resulta más importante en este lugar, añade una nueva Disposición Transitoria Vigésima Segunda a la Ley 35/2006, que, centrándonos exclusivamente en lo que aquí interesa, supone una vuelta a la situación anterior al año 2002, en tanto en cuanto ordena que *"las indemnizaciones por despidos producidos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012 (...) y hasta el día de la entrada en vigor de la (Ley 3/2012) estarán exentas en la cuantía que no exceda de la que hubiera correspondido en el caso de que (el despido) hubiera sido declarado improcedente, cuando el empresario así lo reconozca en el momento de la comunicación del despido o en cualquier otro anterior al acto de conciliación y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas"* (apartado primero). Este cambio posee origen, en la Enmienda número 648 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, en cuya justificación se señala que *"al haber desaparecido de la normativa laboral el denominado despido exprés" se elimina la exención de las indemnizaciones por despido prevista para estos supuestos, resultando necesario para acceder a la misma acudir a la conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC)".*

Por lo tanto, desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012, no cabe la menor duda de que las indemnizaciones por despido improcedente vinculadas a aquellas situaciones en las que el empresario reconoce la improcedencia en el momento de la comunicación del despido o en cualquier otro anterior al acto de conciliación no se encuentran exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Lo que ratifica la reconducción normativa de este tipo de reconocimientos a la figura de la extinción de mutuo acuerdo, si están acompañados de la aceptación del trabajador. En estos casos, deberá tenerse en cuenta la doctrina contenida, entre otras, en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2012 [RJ 2012/5089], que niega la actuación

de la exención, en un mutuo acuerdo encubierto bajo la apariencia de un despido.

Al margen de lo anterior, ha de precisarse que bajo la expresión *"indemnizaciones por despidos producidos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012 (...) y hasta el día de la entrada en vigor de la (Ley 3/2012)"*, se sitúan todas aquellas indemnizaciones derivadas de los despidos que han surtido efectos dentro de este marco temporal, de acuerdo con el carácter constitutivo de tales rupturas contractuales.

i) ¿En qué momento surge la responsabilidad del Estado en materia de salarios de tramitación?

Hasta la entrada en vigor de Real Decreto-ley 20/2012, a tenor de lo dispuesto en los arts. 57.1 ET y 116.1 LJS, la responsabilidad de Estado en materia de salarios de tramitación surgía, en todos aquellos casos en los que una sentencia que declaraba la improcedencia del despido se dictaba transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se hubiera presentado la demanda. Y se materializaba, en la posibilidad de que el empresario reclamara al Estado el abono de los salarios de tramitación correspondientes al tiempo que excediera de estos sesenta días. El Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012 simplemente ajustaron formalmente el contenido del art. 57.1 ET a la nueva redacción del art. 56 ET; concretamente, sustituyeron la referencia que el primero de los preceptos indicados efectuaba al *"párrafo b) del apartado 1 del artículo 56 satisfecha al trabajador"*, por las palabras *"apartado 2 del artículo 56 de esta Ley"*.

Ahora bien, el apartado IX de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 20/2012 anuncia la modificación del *"período máximo a partir del que se aplica la garantía pública de los salarios de tramitación, en línea con las finalidades expuestas anteriormente"*, que pueden reconducirse al objetivo básico de terminar con el déficit público. De acuerdo con ello, la Disposición Final Decimo Cuarta del Real Decreto-ley 20/2012 modifica el art. 57.1 ET, en el sentido de que *"cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a la que se refiere el apartado 2 del artículo 56 de esta Ley, correspondiente al tiempo que exceda de dichos noventa días hábiles"*. Asimismo, altera el contenido del art. 116.1 LJS, para introducir el límite actual de noventa días hábiles. A lo que la Disposición Transitoria Séptima del Real Decreto-ley 20/2012 suma que *"la reforma del régimen de los salarios de tramitación contenida en este Real Decreto-ley será de aplicación a los expedientes de reclamación al Estado de salarios de tramitación en los que no haya recaído sentencia firme de despido a la fecha de (su) entrada en vigor"*.

CAPÍTULO QUINTO¹⁰

LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO PACTADAS EN CONVENIOS COLECTIVOS ESTATUTARIOS

1. El nuevo marco normativo de la inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios

2. La inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios: problemas prácticos

a) *¿Mantiene la nueva regulación reglas especiales, ubicadas en preceptos estatutarios diferentes al art. 82.3?*

b) *¿Cuáles son las condiciones de trabajo pactadas que el empresario puede pretender modificar, concurriendo causa habilitante para ello?*

c) *¿Qué representaciones de trabajadores tienen derecho a participar en el período de consultas?*

d) *¿Cuáles son los límites legales al contenido del acuerdo de inaplicación?*

e) *¿Cabe la impugnación de los acuerdos de inaplicación?*

f) *¿Cuál es la comisión paritaria competente para intentar resolver la discrepancia derivada de la conclusión del período de consulta sin acuerdo?*

g) *¿Cuál es el procedimiento a seguir en caso de que la comisión paritaria del convenio no alcanzara acuerdo?*

h) *¿Cuál es el organismo público al que el empresario puede acudir para instar una decisión de obligado cumplimiento?*

=====

1. El nuevo régimen de la inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios

Con anterioridad a la reforma introducida, primero por el RD-Ley 3/2012 y, más tarde, por la Ley 3/2012, el art. 82.3 ET se ocupaba, en sus párrafos segundo y siguientes, del denominado descuelgue salarial; esto es, de la facultad concedida a las empresas en situación económica negativa de huir de la disciplina de las condiciones salariales fijadas en el convenio sectorial aplicable. La eventual inaplicación de otras condiciones de trabajo distintas de las salariales se regulaba en el art. 41.6 ET; es decir, en el precepto dedicado a ordenar el régimen jurídico de la “modificación sustancial de las condiciones de trabajo”.

¹⁰ Fernando Valdés Dal-Ré. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UCM

Tras la reforma operada por el legislador de urgencia en el 2012, el art. 82.3 ET, párrafos segundo y siguientes, es el único precepto que se ocupa de regular la inaplicación de las condiciones de trabajo de los convenios colectivos estatutarios, habiéndose procedido así a unificar el régimen jurídico de este tipo de modificación, enunciado antes en dos diferentes preceptos legales: en los arts. 41.6 y 82.3, ambos del texto estatutario.

Desde una perspectiva metodológica, la nota más acusada de esta unificación ha consistido en la técnica utilizada para alcanzar el objetivo refundidor y que responde de manera ejemplar al “espiguelo normativo”, bien que entendida ahora en un sentido inverso al manejado por la doctrina tradicional. La nueva ordenación jurídica de esta modalidad modificativa, contenida en el art. 82.3 ET, parece haber sido elaborada, en efecto, como fruto de un análisis comparativo entre los dos regímenes anteriormente vigentes, el general y el especial, y en el que, en ocasiones, también irrumpe, con un empuje decisivo, la regulación prevista en el art. 41 ET en relación con la inaplicación de las condiciones pactadas individualmente o en acuerdos y convenios extraestatutarios. El rasgo característico de esta confrontación normativa a tres bandas reside en que los legisladores reformistas han terminado eligiendo como reglas definidoras del nuevo régimen aquellas que resultan las más favorable para asegurar a los empresario el logro de sus iniciativas de cambio *ante tempus* del contenido del convenio colectivo. Con semejante operación, la reforma de 2012 inaugura entre nosotros una “vanguardista” e inédita comprensión en el derecho comparado de la mayor favorabilidad, apreciable, como ya se ha anunciado y ahora se argumentará, en la práctica totalidad de los elementos que conforman la nueva ordenación jurídica: materias susceptibles de modificación, causas justificativas de la inaplicación, convenios colectivos objeto del posible descuelgue y, en fin, exigencias del acuerdo colectivo modificativo de la norma hasta entonces aplicable en su integridad.

Al estilo de lo acontecido en relación con la otra modalidad de modificación de condiciones de trabajo, las establecidas en pactos individuales, decisiones unilaterales del empresario o pactos y acuerdos colectivos, los cambios normativos introducidos en esta otra categoría de modificación han sido intensos y extensos, afectando a cuatro aspectos esenciales: las materias reguladas en el convenio colectivo susceptibles de inaplicación, las causas justificativas de la inaplicación, los convenios objeto de inaplicación y la salida al conflicto producido en caso de conclusión del período de consultas sin acuerdo.

a) En la legislación anterior, la eventual inaplicación del convenio no alcanzaba a todas las condiciones de trabajo reguladas en ese instrumento contractual colectivo, abarcando, además de a las condiciones salariales, a las expresamente mencionadas en el artículo 41.1 ET, con la excepción de la jornada de trabajo y del sistema de remuneración. Tras la reforma de 2012, las condiciones de trabajo que pueden ser modificadas no son, con las salvedades citadas, las del listado establecido en el citado art. 41.1 ET. El nuevo párrafo

segundo del art. 82.3 ET es el pasaje legal que enuncia las condiciones de trabajo objeto de inaplicación, habiendo operado un doble y acumulado cambio: de una parte, se han levantado las restricciones que antes se establecían respecto de la jornada de trabajo y del sistema de remuneración, que sí pueden modificarse ahora, y, de otra, se ha adicionado a ese listado una nueva condición, relativa a “las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”.

b) La definición de la causa constituye la segunda de las mudanzas introducidas en la ordenación de los descuelgues. En la legislación anterior, en efecto, cada uno de los dos cauces de modificación de las condiciones pactadas en convenios colectivos estatutarios enunciaba causas de habilitación diferentes. Por lo pronto, la validez de los cambios operados al amparo de las previsiones del art. 41.6 ET quedaba sujeta a la concurrencia de alguna de las cuatro causas comunes (económicas, tecnológicas, productivas y organizativas) definidas conforme a un criterio teleológico. De su lado, el presupuesto causal del descuelgue salarial había hecho suya, tras la reforma de 2010, una dicción muy próxima a la de los despidos colectivos, de modo que dicho descuelgue quedaba condicionado a que la empresa tuviera “una disminución persistente del nivel de ingresos o su situación y perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente como consecuencia” de la aplicación del convenio, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la propia empresa.

La reforma de 2012 ha unificado el régimen de las causas habilitantes para la inaplicación de un convenio colectivo, actuando en un doble frente. En primer lugar, ha extendido al descuelgue salarial la invocación por el empresario no solo de razones económicas sino, adicionalmente, de las otras tres razones que cierran el círculo de las causas de justificación de las medidas de flexibilidad interna y de despido económico, objetivo o colectivo; esto es, las causas técnicas, organizativas y productivas. En segundo lugar, mantiene la equiparación de las causas invocables en los despidos colectivos y en la modificación de las condiciones de trabajo de los convenios de eficacia general, llevando al actual art. 82.3 ET la nueva y más flexible formulación prevista para validar la decisión empresarial de despido colectivo motivada por causa económica; esto es, como una “situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente en su nivel de ingresos o ventas”. La única diferencia reside en que, mientras en el caso de despido colectivo el plazo para la invocación de la persistencia en la disminución de ingresos o ventas se cifra en tres trimestres consecutivos, en los descuelgues de un convenio colectivo el plazo se reduce a dos meses consecutivos. En este contexto normativo, la Ley 3/2012 ha venido a aportar alguna mayor claridad en la identificación de este presupuesto causal, incorporando un obligado elemento de comparación en su valoración. Ahora, ya no basta la mera disminución de ingresos y ventas durante dos trimestres consecutivos; es preciso que los niveles de ingresos ordinarios o de ventas sean, a través de

un juicio de confrontación, inferiores a los del mismo trimestre del año anterior.

c) En la legislación anterior, la identidad de los convenios colectivos inaplicables difería en función de la condición que pretendía modificarse. De un lado, los convenios modificables en el marco del art. 41.6 ET podían ser tanto los de sector como los empresariales (párrafo primero de ese pasaje legal), dualidad esta, sin embargo, no consentida para los descuelgues salariales, cuyo campo de actuación quedaba circunscrito a convenios “de ámbito superior a la empresa” (párrafo segundo, art. 82.3 ET).

En la nueva dicción del art. 82.3 ET, los convenios colectivos cuyas condiciones de trabajo, incluidas las salariales, pueden ser objeto de inaplicación son tanto los sectoriales como los de empresa o inferior, desapareciendo, pues, la anterior diferenciación normativa. Por este lado, los descuelgues de convenios, señaladamente de las condiciones salariales, se alinean con las reformas introducidas en los arts. 84.2 y 86.3 ET, formando con ellas un *continuum* cuya finalidad no es otra que la multiplicación de los medios puestos a disposición de los empresarios para adaptar las condiciones de trabajo de sus trabajadores, traigan estas su origen en la autonomía individual o en la autonomía colectiva.

d) En cuarto lugar, esta técnica de construcción legislativa, la del “espiguelo normativo”, también es apreciable en el procedimiento de inaplicación, que ha experimentado idéntico proceso de flexibilización que el resto de las reglas que componen la nueva ordenación jurídica. Antes de la reforma, el inciso final del párrafo cuarto del art. 41.6 ET disponía que la duración del acuerdo colectivo modificativo “no podrá exceder de la vigencia del convenio colectivo cuya modificación se pretenda”. De su lado, el párrafo sexto del anterior art. 82.3 ET imponía una doble garantía al acuerdo de descuelgue salarial. Por una parte, una garantía temporal, parecida bien que más rigurosa que la del art. 41.6 ET, a tenor de la cual la inaplicación no podría superar la vigencia del convenio “ni, como máximo, los tres años de duración”. Por otra, una garantía sustantiva, exigiendo al acuerdo una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales objeto de descuelgue.

El proceso de refundición del régimen de inaplicación se ha llevado por delante este conjunto de garantías, destinadas a dotar de un mínimo de certeza temporal y material a la iniciativa empresarial de apartarse de la disciplina del convenio aplicable. En tal sentido y por lo pronto, se amplía la duración del acuerdo de inaplicación, que puede ahora desvincularse por completo de la vigencia del convenio objeto de descuelgue, estableciéndose como plazo máximo el de la entrada en vigor en la empresa de un nuevo convenio. En todo caso, esta previsión legal ha de entenderse en conexión con el art. 86.3 ET. Así, la pérdida de vigencia del convenio inaplicado a resultas del transcurso del plazo de la prórroga provisional de un año habrá de configurarse, de existir convenio de ámbito superior, como causa extintiva del acuerdo de descuelgue. En segundo lugar, en los acuerdos de inaplicación salarial ya no se precisa

programar de manera pactada la convergencia salarial; ahora basta, como previera implícitamente la legislación anterior, que estos pactos determinen “las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa”.

e) La última de las mudanzas introducidas en la institución a examen afecta al modo de solventar los conflictos nacidos de la falta de acuerdo de empresario y representantes de los trabajadores en la materialización de la modificación de la condición o condiciones pretendidas. En este orden de cosas, no estará de más recordar que la reforma del 2010 instruyó a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar las discrepancias en la negociación de los acuerdos de modificación de las condiciones colectivamente pactadas, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje voluntario.

Atendiendo a este mandato, los interlocutores sociales suscribieron el 7 de febrero del corriente, pocos días antes de dictarse por el gobierno el RD-Ley 3/2012, el V Acuerdo para la solución autónoma de conflictos (ASAC). No obstante ello, la nueva ordenación jurídica de los descuelgues por las empresas del convenio que resulte aplicable, sea éste sectorial o de empresa, da un nuevo, bien que muy discutible, impulso en el proceso de búsqueda, a cualquier precio, del acuerdo de inaplicación, estableciendo, en caso de que las partes no se sometieran a los procedimientos pactados en el acuerdo interprofesional de referencia o estos no hubieran solucionado la discrepancia, imponiendo con carácter obligatorio la fórmula arbitral.

En concreto y caso de no alcanzarse acuerdo durante el período de consultas, el nuevo régimen prevé los siguientes y sucesivos trámites a los que pueden acudir las partes intervinientes con vistas a solventar el conflicto de inaplicación:

1) En primer lugar, la discrepancia ha de someterse a la Comisión paritaria del convenio objeto de inaplicación, que dispone de un plazo de siete días para pronunciarse.

2) Cuando no se solventara el desacuerdo en el seno de la comisión paritaria, las partes podrán recurrir a los procedimientos establecidos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, que hubieren sido negociados en el marco del art. 83.3 ET.

3) Si las partes no se sometieren a los procedimientos mencionados en el punto anterior o la sujeción a los mismos no hubiere solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes puede recurrir bien a la Comisión Consulta Nacional de Convenios Colectivos, caso de afectar la inaplicación del convenio a centros de trabajo de la empresa situados en más de una Comunidad Autónoma, bien al órgano correspondiente de carácter autonómico. Estos órganos podrán acordar dictar una decisión obligatoria o designar a un árbitro a fin de que dicte el oportuno laudo.

2. La inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios: problemas prácticos

a) ¿Mantiene la nueva regulación reglas especiales, ubicadas en preceptos estatutarios diferentes al art. 82.3?

La reforma de 2012 ha procedido a unificar el régimen jurídico regulador de las modificaciones de condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos de eficacia general. Esta unificación ha de entenderse completa, siendo pues el actual art. 82.3 ET el único precepto legal aplicable a cualquier cambio de una condición pactada en convenio estatutario. La vigente ordenación jurídica ya no contempla, como lo hacía la hoy derogada, una dualidad de regímenes jurídicos de los que uno, el contenido en el art. 41.6 ET, podía calificarse como el régimen general y el otro, el formulado en el art. 82.3 del mismo texto legal, debía ser identificado como el régimen especial, activándose exclusivamente en los casos de los descuelgues salariales.

En la regulación vigente, en suma, el art. 82.3 ET despliega un alcance exclusivo y excluyente, sujetando a su vigencia aplicativa cualquier modificación de una condición de trabajo establecida en un convenio colectivo de los regulados en el título III de esa ley; esto es, de los convenios de carácter estatutario o de eficacia general. En consecuencia y en una interpretación a contrario, quedan fuera de su ámbito de imputación normativa las modificaciones de las condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos extraestatutarios o de eficacia limitada así como en acuerdos colectivos, sometidas a las condiciones y procedimientos previstos en el art. 41.1 ET.

b) ¿Cuáles son las condiciones de trabajo pactadas que el empresario puede pretender modificar, concurriendo causa habilitante para ello?

Siguiendo la técnica del art. 41.1 ET, el párr. segundo del vigente art. 82.3 ET lista las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo que pueden ser objeto de modificación. Una mera comparación entre ambos pasajes legales evidencia una notable identidad entre las condiciones de trabajo enunciadas en los respectivos catálogos, habiendo procedido este último precepto a reproducir en su más estricta literalidad todas y cada una de las condiciones formuladas en aquél otro. La única diferencia estriba en que el art. 82.3 ET añade en su letra g) una condición, “mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”, que no es objeto de consideración por el art. 41.1. del texto estatutario.

El principal problema que plantea el listado de ambos preceptos es el discernir si estamos ante un catálogo cerrado, lo que vedaría la modificación de condiciones no expresamente establecidas, o la lista ha de entenderse con un

carácter meramente ejemplificativo. Centrando la atención en la cuestión que aquí interesa, la respuesta al interrogante enunciado no debe suscitar duda interpretativa. El listado del art. 82.3 ET ha de entenderse como *numerus clausus*, de modo que ha de calificarse como jurídicamente irregular la pretensión del empresario de alterar una condición distinta de las ahí contempladas. Así lo confirma una interpretación meramente literal del precepto a examen. Dicho pasaje, en efecto, posibilita, cuando concorra causa habilitante, la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable “*que afecten a las siguientes materias*”, que son las que seguidamente se listan. El giro gramatical utilizado no admite una inteligencia diferente, máxime cuando se le compara al empleado en el art. 41.1 ET, que, antes de proceder a enunciar las condiciones de trabajo que pueden modificarse, hace constar que tales condiciones se entenderán “*entre otras*”.

c) ¿Qué representaciones de trabajadores tienen derecho a participar en el período de consultas?

1. De conformidad con lo que dispone el párr. segundo del art. 82.3 ET, los sujetos competentes para abrir el período de consultas con vistas a alcanzar un acuerdo de inaplicación del convenio colectivo aplicable son, de un lado, el empresario y, de otro, “los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1” del propio texto estatutario. Aquél precepto, pues, reenvía a este otro artículo, al 87.1, a los efectos de identificar la representación de los trabajadores con derecho a intervenir en el proceso negocial que ha de abrirse para, en su caso, alcanzar el acuerdo de descuelgue de la disciplina convencionalmente pactada.

Atendiendo a este precepto, al tan citado art. 87.1 ET, dicha legitimación puede corresponder bien a la representación electiva (delegados de personal, comités de empresa o comité intercentro, si así lo hubiera expresamente previsto el convenio colectivo de constitución) bien a la representación sindical; esto es, a las secciones sindicales que cuenten con audiencia electoral en la empresa, siempre y cuando, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa.

En este orden de cosas, no estará de más recordar que, conforme a la nueva redacción del art. 87.1 ET, introducida por el RD-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes de reforma de la negociación colectiva, las secciones sindicales tienen atribuida una preferencia negociadora frente a las representaciones unitarias, preferencia ésta que queda condicionada a que las citadas secciones “sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal”. En tales hipótesis, la representación o las representaciones sindicales con audiencia electoral bastante, si así lo deciden, gozan de una prioridad negocial, bloqueando las eventuales iniciativas de apertura del período de consultas con las representaciones unitaria, procedan estas de la propia representación electiva o del empresario.

La infracción a la regla establecida en el art. 87.1 ET ha de estimarse vulneradora de la libertad sindical constitucionalmente consagrada, abriendo a las secciones sindicales marginadas la vía de la tutela judicial prevista en el art. 177 de la LRJS (proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas) y, en su caso y una vez agotada la misma, del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional (art. 53.2 CE).

2. Con el abierto y doble designio de incentivar la adopción de un acuerdo y, en razón de ello, de ofrecer a la decisión del empresario una reforzada legitimidad social, la Ley 35/2010, alterando la redacción introducida por la norma de urgencia que le precedió en el tiempo, el RDL 19/2010, estableció un nuevo cauce de interlocución en caso de ausencia de órganos de representación legal los trabajadores. En semejante hipótesis, en efecto, el párrafo tercero del art. 41.4 ET - al que reenviaban los párrafos séptimo del art. 40.2, para el traslado colectivo, primero del art. 41.6, para la modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenios estatutarios, y, en fin, tercero del art. 82.3, para los descuelgues salariales - confirió a los trabajadores de la empresa o del centro de trabajo la facultad de atribuir las facultades de representación para la negociación del acuerdo bien a una comisión *ad hoc*, compuesta por un máximo de tres trabajadores de la misma empresa, bien a una comisión sindical de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos o representativos del sector al que pertenezca la organización empresarial y estuvieren dotados de legitimación negocial de carácter sectorial. La reforma de 2012 mantiene este mismo criterio, remitiendo el vigente párrafo quinto del art. 82.3 a lo establecido en el art. 41.1, ambos del texto estatutario.

Desde que fuera aprobada, la creación de la comisión *ad hoc* ha abierto un intenso debate en la doctrina, que discute, en esencia, la naturaleza de la comisión misma así como la naturaleza y calidad del acuerdo alcanzado. En síntesis, las tesis doctrinales hasta el presente defendidas han sido fundamentalmente dos. Mientras un sector de la doctrina asimila la comisión a una negociación directa con los trabajadores a través de unos portavoces que los representan, otro, en cambio califica la citada comisión *ad hoc* como una tercera vía de representación, cuya diferencia básica con la unitaria y sindical es su temporalidad, ya que dicha comisión se disuelve una vez que concluye, con o sin acuerdo, el período de consultas.

De estas dos tesis, la que se ajusta de manera más adecuada a nuestro sistema de representación es, sin duda, la que niega a la comisión su condición de verdadero órgano de representación y, por consiguiente, niega al acuerdo alcanzado la naturaleza de acuerdo colectivo. La previsión legal se aparta de manera ostentosa de la regla de oro que, en nuestro sistema jurídico constitucional, ha informado sistemáticamente la intervención de la norma de ley en los cauces de consulta/negociación; a saber: el mantenimiento del equilibrio de fuerzas de las partes negociadoras. En la medida en que el ámbito natural de aplicación de esta regla es el formado por las pequeñas y medianas empresas, el trabajador o los trabajadores integrantes de esa comisión, elegidos a través de un proceso electoral informal y sin control externo de

ningún tipo, pueden estar compelidos, al menos potencialmente, a cumplir el encargo encomendado en un intenso y acentuado clima de presiones empresariales, articuladas directa o indirectamente, hasta el punto de que no parece aventurado concluir afirmando que, a menudo, el acuerdo resultante puede estar desprovisto de toda calidad en el ejercicio de la función representativa.

En un contexto semejante, el interrogante que se plantea y al que es preciso dar respuesta es el de precisar la posible respuesta sindical frente a aquellos casos de acuerdo de inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos estatutarios que hubieren sido suscritas por comisiones *ad hoc*.

La situación de hecho determinante de la actuación de este tipo de comisiones resultará ser, en la inmensa mayoría de los casos, la siguiente: 1) un empresario, titular de una organización productiva pequeña, 2) que pretenda descolgarse de las condiciones de trabajo del convenio sectorial aplicable y 3) que alcance acuerdo de inaplicación con la referida comisión.

En un supuesto semejante, el sindicato UGT, en su condición de sindicato firmante del convenio colectivo del sector declarado inaplicable por el acuerdo, estaría legitimado para impugnar dicho acuerdo al amparo de lo previsto en el párrafo segundo del art. 17.2 de la ley de la jurisdicción social. La condición de parte del referido convenio ofrece la debida legitimación, aportando el requisito legal de la existencia de un vínculo entre el sindicato demandante y el objeto del pleito de que se trate.

En todo caso y como se razonará en posterior epígrafe, las limitaciones establecidas para la impugnación de los acuerdos no han de entenderse como obstáculos imposibles de sortear. Más aún, el entorno fáctico en el que se puede haber producido la firma del acuerdo de inaplicación puede ofrecer fundados indicios sobre la concurrencia de dolo, coacción o abuso de derecho. En tal sentido y por ejemplo, el número de miembros de la comisión (la ley consiente que haya un solo miembro) o la posición de estos en la empresa pueden ser elementos indiciarios de vicios en el consentimiento o de actitudes abusivas del empresario.

Muy probablemente y a efectos del eventual ejercicio del derecho a la tutela judicial de los intereses colectivos, el principal problema con el que las organizaciones sindicales podrían encontrarse reside en posibles dificultades en el acceso a la información suficiente sobre la firma de los correspondiente acuerdos de inaplicación. En relación con este aspecto, conviene tener muy en cuenta que el último inciso del párrafo séptimo del art. 82.3 ET impone el deber de notificar el acuerdo de inaplicación, además de a la autoridad laboral, a la comisión paritaria del convenio colectivo afectado. En atención a las muy importantes funciones informativas que suministra, el cumplimiento de este deber ha de ser especialmente controlado por los representantes sindicales en la comisión paritaria.

d) ¿Cuáles son los límites legales al contenido del acuerdo de inaplicación?

El párrafo séptimo del art. 82.3 ET reenvía a la libre voluntad de las partes tanto la fijación de las nuevas condiciones de trabajo que serán de aplicación en la empresa, una vez firmado el acuerdo de descuelgue, como la duración del propio descuelgue. Ahora bien, las partes que negocien un acuerdo de inaplicación de condiciones de trabajo fijadas en convenio colectivo estatutario no disponen de una libertad absoluta o incondicional para pactar los contenidos del propio descuelgue. Antes al contrario, existen diferentes limitaciones que, caso de ser inobservadas, instalaría el acuerdo en una zona de resuelta irregularidad jurídica.

En primer lugar y por lo que se refiere a los aspectos sustantivos, los acuerdos de inaplicación no pueden en modo alguno establecer unas condiciones de trabajo que empeoren las establecidas por las leyes, señaladamente por el ET. En tal sentido y por enunciar la idea con ejemplos elementales, el acuerdo de inaplicación no puede establecer un salario inferior al mínimo interprofesional, fijar una jornada semanal que supere las 40 horas o establecer un horario que desconozca los descansos mínimos entre jornadas.

Por otra parte, el art. 82.3 ET establece un tiempo máximo de duración del acuerdo de inaplicación, que no puede prolongarse “más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa”. Esta expresión legal, la de “nuevo convenio aplicable en la empresa”, ha de ser entendida en su sentido más amplio. En consecuencia y a los efectos de la regla ahora a examen, tendrá la consideración de nuevo convenio el convenio que sustituya al afectado por el descuelgue, al margen y con independencia de que los ámbitos funcional y territorial de aquél coincidan o no con los del convenio cuya inaplicación se haya pactado.

De ordinario, habrá coincidencia entre los ámbitos aplicativos de ambos, del nuevo y del desplazado en su aplicación. Pero nada impide que esa coincidencia no exista, lo que sucederá cuando la empresa quede sujeta a la disciplina de una nueva unidad de negociación. Tal acontecerá, por ejemplo, en cualquiera de los dos siguientes casos: 1) que el convenio inaplicado fuera sectorial, sea cual fuere su dimensión territorial (estatal, autonómico o provincial), y el nuevo fuera de empresa, de centro de trabajo, de grupo de empresa o de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y 2) que el convenio inaplicado fuera sectorial provincial y el nuevo, por decaimiento de este concreto nivel territorial, fuera sectorial estatal o autonómico. Tal puede suceder en caso de pérdida de vigencia del convenio colectivo en su día modificado por el transcurso de un año sin alcanzar acuerdo sustitutorio (86.3 ET).

e) ¿Cabe la impugnación de los acuerdos de inaplicación?

La reforma del 2010 extendió a la ordenación de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo reguladas en el art. 41 ET – y no, por tanto, a los traslados colectivos -, bien que adaptándola a su ámbito operativo, la previsión contenida en el párrafo segundo del art. 51.5 ET, previsión ésta que la reforma de 2012 transfiere ahora, de manera íntegra, a todo tipo de acuerdo de descuelgue. Con arreglo a lo dispuesto en el primer inciso del párrafo sexto del art. 82.3 ET, el acuerdo alcanzado en el período de consultas abierto a efectos de inaplicar las condiciones de trabajo de un convenio colectivo estatutario es objeto de un doble blindaje. De un lado, la firma de acuerdo presume la concurrencia de causa justificada y, de otro, el acuerdo mismo solo podría ser impugnado, conforme a la dicción legal, ante la jurisdicción competente “por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”.

El gran interrogante que ha planteado la cláusula evocada es el de discernir el alcance que ha de reconocerse a la presunción que establece. En primer lugar, puede entenderse que el 82.3 ET enuncia una presunción *iuris et de iure*, atribuyendo un valor jurídico decisivo a la voluntad de las partes colectivamente expresada y sin que medie coacción o engaño alguno y, en consecuencia, limitando, en semejante hipótesis, el control judicial sobre la verificación de la causa, que pierde su función de presupuesto habilitante de la medida de flexibilidad interna adoptada por el empresario. Al margen de esta primera interpretación, que priva a la causa de relevancia jurídica en el supuesto de haberse alcanzado acuerdo colectivo en el período de consultas, otro sector de la doctrina (Alfonso Mellado y Molero Marañón) considera, en tesis más ajustada a nuestro sistema probatorio, que la finalidad perseguida por el legislador no ha sido otra que la atribución de ciudadanía legislativa a una consolidada orientación jurisprudencial, a tenor de la cual la consecución del pacto produce una inversión de la carga de la prueba, correspondiendo acreditar la no concurrencia de causa justificativa de la modificación sustancial adoptada por el empresario a los sujetos que impugnan el acuerdo (entre otras, sentencia TS de 7 de diciembre de 2005). La reforma legal, en suma, se limitó a introducir una alteración en la distribución de las cargas probatorias, de manera que la presunción tiene un mero valor *iuris tantum*, pasando el acuerdo a gozar de una presunción de validez que, no obstante, puede ser destruida mediante prueba en contrario.

En consecuencia y al margen de su posible impugnación por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, el acuerdo de descuelgue también puede ser impugnado en un proceso de conflicto colectivo en el que lo que se discuta sea la concurrencia de la causa. Lo que sucederá es que, en tal hipótesis, la carga de probar la inexistencia de causa recaerá sobre la parte demandante, a la que corresponderá destruir la presunción de validez del acuerdo de inaplicación.

f) ¿Cuál es la comisión paritaria competente para intentar resolver la discrepancia derivada de la conclusión del período de consulta sin acuerdo?

Al estilo de lo que acontece con cualquier otro proceso negociado (y el período de consultas ha de calificarse como un proceso negociado a todos los efectos), también el período de consultas abierto con ocasión de la iniciativa adoptada por el empresario de apartarse de la disciplina normativa del convenio colectivo estatutario que le resulte aplicable puede concluir con o sin acuerdo.

En este último caso, y como ya se hizo constar en anterior epígrafe, el art. 82.3 ET instituye la posibilidad de que “cualquiera de las partes” (fórmula manifiestamente eufemística, que puede leerse como una sola de las partes, la empresarial, única que puede estar interesada en la inaplicación del convenio colectivo) active, de manera escalonada, diversos procedimientos, todos los cuales tienen un común objetivo: lograr solventar la controversia derivada del cierre del período de consultas sin acuerdo. Ha de quedar claro, pues, que los procedimientos son, de un lado, formalmente facultativos, aunque materialmente se convierten en obligatorios por voluntad del empresario, y, de otro, que se encuentran concatenados entre sí, de manera que no es posible acudir a los situados en las posiciones segunda o tercera sin haber previamente agotado las fases procedimentales precedentes.

El primero de esos procedimientos se sustancia, conforme dispone el párrafo séptimo del art. 82.3 ET, “ante la comisión paritaria del convenio”. Aun cuando la ley omite su identificación, no hay la menor duda en que la comisión paritaria competente para conocer del conflicto es la del convenio del que el empresario pretende apartarse y que es el aplicable en la empresa.

El problema puede surgir en aquellos casos en los que, en virtud de lo establecido en un acuerdo o convenio suscrito en el marco del art. 83.2 ET, la empresa se encuentre sometida a un sistema articulado de negociación colectiva; esto es, le resulte de aplicación una pluralidad de convenios colectivos. En tales hipótesis, no cabe formular una regla general de identificación de competencia; antes al contrario, la comisión paritaria competente dependerá del criterio de regulación de las relaciones de articulación.

Si este criterio responde única y exclusivamente a un reparto de facultades normativas entre los diferentes niveles articulados, la comisión paritaria competente corresponderá a la del convenio al que pertenezca la facultad de regular la condición que el empresario pretende inaplicar. Ahora bien, en la medida en que la ordenación de las condiciones de trabajo susceptibles de inaplicarse pueden pertenecer a la competencia de distintos niveles negociales, el procedimiento de sustanciación del conflicto ha de instarse ante una pluralidad de comisiones paritarias. Un sencillo ejemplo puede ilustrar la idea expuesta. Si en un determinado sector con negociación articulada la regulación de la jornada de trabajo compete al nivel estatal y la fijación de la cuantía salarial al nivel provincial, la iniciativa del empresario de

inaplicar jornada y cuantía salarial habrá de llevarse ante las correspondientes comisiones paritarias competentes: a la del convenio estatal, respecto de la modificación de la jornada, y a la del convenio provincial o de empresa, en relación con la alteración de la cuantía salarial.

Mayores problemas puede presentar la identificación de la comisión paritaria competente en aquellos casos en que la relación de articulación entre niveles negociales responde a un criterio de reparto de materias pero no en régimen de exclusividad sino de forma compartida, como sucede cuando al nivel superior competente establece los aspectos básicos de la materia de que se trate, reenviándose a los niveles territoriales o de empresa inferiores el desarrollo o la integración de esos aspectos. En tal supuesto, no parece razonable determinar de antemano la comisión paritaria competente; será ésta, antes al contrario, una cuestión que habrá de solventarse mediante la técnica del caso concreto. No obstante, tampoco podría calificarse como privado de razonabilidad la aplicación del principio de especialidad, atribuyendo en última instancia la competencia a la comisión paritaria del nivel negocial encargado de desarrollar o integrar los aspectos básicos.

Similares dudas se pueden suscitar, en fin, en aquellos supuestos en los que la articulación convencional responda a un principio de complementariedad, de modo que la facultad reguladora de los niveles inferiores queda limitada a mejorar las condiciones de trabajo pactadas en el nivel superior, condiciones éstas convertidas pues en mínimas. La comisión paritaria competente dependerá, en tales hipótesis, de la condición de trabajo cuya modificación se pretenda o inste. Si el cambio afecta al *quantum* de la condición mejorada, la comisión competente será la del nivel negocial inferior, correspondiendo la competencia a la comisión paritaria del convenio superior si la pretensión es alterar la condición calificada como mínima.

g) ¿Cuál es el procedimiento a seguir en caso de que la comisión paritaria del convenio no alcanzara acuerdo?

En caso de que, a falta de conclusión del período de consultas sin acuerdo, la comisión paritaria del convenio tampoco alcanzara un acuerdo para la solución del conflicto derivado de la iniciativa del empresario de descolgarse parcialmente de la disciplina de la norma colectiva que resultare aplicable, el inciso segundo del párrafo séptimo del art. 82.3 ET contempla la activación de una segunda fase procedimental, referida ahora a la que se establezca “en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83” del texto estatutario.

La remisión que el art. 82.3 ET efectúa al art. 83 de ese mismo texto legal resulta, cuando menos, de una notable equivocidad, ya que, en realidad, los procedimientos a los que se refiere pueden haberse establecido no solo a través de acuerdos interprofesionales sino, también y conforme reconoce el párrafo segundo del art. 83.2, en relación con el art. 91.2, ambos del ET, en convenios colectivos de ámbito estatal o autonómico. En suma, los cauces negociales para la implantación de procedimientos de solución de los conflictos

derivados del art. 83.2 ET son dos: de un lado, los acuerdos interprofesionales y, de otro, los convenios colectivos.

En la actualidad, el instrumento contractual que regula dichos procedimientos es, a nivel estatal, el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (V ASAC), cuyo art. 4 lista los conflictos laborales que pueden someterse a los procedimientos previsto en él, aludiendo en el apartado e) a "los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".

En concreto, el V ASAC, siguiendo los criterios previstos en los acuerdos interprofesionales anteriores, contempla dos procedimientos distintos, la mediación y el arbitraje, que no mantienen una necesaria relación de sucesión: las partes en conflicto pueden acudir a la mediación, descartando el arbitraje, y pueden someterse a un arbitraje de forma directa, sin necesidad de haber agotado previamente el trámite de mediación.

En relación con la discrepancia que aquí interesa, el art. 12.4 del V ASAC dispone que el trámite de mediación deberá agotarse si así lo solicitase una de las partes, regla ésta que, en realidad, coincide con la previsión legalmente establecida en el párrafo octavo del art. 82.3 ET. Un carácter estrictamente voluntario y en modo alguno obligatorio tiene el procedimiento arbitral previsto en el V ASAC, cuya sumisión requiere la suscripción por las partes del compromiso arbitral; es decir, del acuerdo de las dos partes de encomendar a un tercero la sustanciación de sus discrepancias, aceptando de antemano la solución que éste dicte (art. 18.1 V ASAC).

La solución de los conflictos derivados del art. 82.3 ET puede quedar sujeta, en lugar de a los procedimientos establecidos en el acuerdo interprofesional de ámbito estatal, el V ASAC, al acuerdo o convenio colectivo de ámbito autonómico. En qué casos la discrepancia nacida de la iniciativa del empresario de descolgarse del convenio colectivo ha de someterse a los procedimientos establecidos bien en el acuerdo estatal, en el V ASAC, bien en el acuerdo autonómico correspondiente es interrogante que ha de resolverse mediante la técnica del caso concreto, analizándolo a la luz de los respectivos ámbitos de imputación normativa.

En todo caso, el art. 4.2 del V ASAC enuncia los conflictos sujetos a su ámbito competencial, incluyendo las tres siguientes modalidades conflictivas: a) las de sector o subsector de actividad que excedan del ámbito de una Comunidad Autónoma; b) las de empresa, grupo de empresa o empresas vinculadas cuando el conflicto afecte a varios centros o empresas radicadas en diferentes Comunidades Autónomas y c) las que afecten a empresas, grupos de empresas o empresas vinculadas radicados en una misma Comunidad Autónoma que pretendan inaplicar un convenio colectivo de ámbito estatal, cuando de dicha inaplicación puedan derivarse consecuencias para empresas o centros de trabajo radicados en otras Comunidades Autónomas.

h) ¿Cuál es el organismo público al que el empresario puede acudir para instar una decisión de obligado cumplimiento?

Forzando más allá de lo razonable los procedimientos destinados a dar una solución a los conflictos derivados de las iniciativas empresariales de escapar de la disciplina normativa del convenio colectivo aplicable, el párrafo noveno del art. 82.3 ET contempla un tercer procedimiento que, como sucede con los dos anteriores, puede instarse por “cualquiera de las partes” o, en dicción más correcta y como ya se ha argumentado, por el empresario.

Al margen de los serios reparos de inconstitucionalidad que suscita esta tercera fase procedimental, en los que no se va a entrar, el principal problema práctico que puede plantearse es el de identificar el organismo competente para dictar, por sí mismo, una decisión obligatoria o, en su caso, nombrar a un tercero a fin de que sea él el que dicte un laudo arbitral vinculante. La duda nace de la dicción legal, que identifica dicho organismo del modo siguiente: “la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a *los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos*”.

El precepto legal transcrito define con la necesaria claridad el ámbito competencial de la CCNCC y de los órganos de las comunidades autónomas, y que no es otro que el ámbito territorial al que se habría de extenderse la inaplicación del convenio instada por el empresario. Si dicho ámbito es estatal, el organismo competente es la CCNCC, correspondiendo al organismo autonómico si dicho ámbito es de esa misma dimensión.

Pero lo anterior señalado, las dudas pueden presentarse a la hora de definir nominativamente el organismo autonómico competente. Ello se debe a que en diversas comunidades autónomas (por ejemplo y en fecha actual Madrid o Galicia) no existe organismo semejante a la CCNCC. Será necesario pues, en todo caso, acudir a las previsiones contenidas en la legislación autonómica.