

Nota de Urgencia:

REAL DECRETO-LEY 3/2012, DE 10 DE FEBRERO DE 2012, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado Laboral.

11 de febrero de 2012, 14:46 horas

Documento elaborado por el Gabinete de Estudios Jurídicos de CC.OO.

Sumario:

- 1.- Medidas en relación con la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.
 - a) La extensión de las causas de despido de carácter económico, aplicable tanto al despido colectivo como al objetivo y la exclusión del control judicial sobre su idoneidad.
 - b) La supresión de la autorización administrativa para el despido colectivo, y para la suspensión de los contratos o reducción de jornada.
 - c) La aplicación del despido colectivo y objetivo al Sector Público.
 - d) La exclusión limitada de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada al sector público, con excepciones.

- 2.- Medidas en relación con la extinción de los contratos de trabajo y la suspensión y reducción de jornada.
 - a) La rebaja de la indemnización por despido improcedente.
 - b) Supresión de los salarios de tramitación.
 - c) Fogasa.
 - d) Absentismo.
 - e) Desempleo.
 - f) Contratación indefinida a empresas de hasta 50 trabajadores.
 - g) Encadenamiento de contratos.

- 3.- Negociación colectiva.
 - a) Prioridad del convenio de empresa.
 - b) Descuelgue salarial y de las demás condiciones de trabajo.
 - c) Limitación de la ultraactividad de los convenios.

- 4.- Otras Medidas de flexibilidad interna.
 - a) La descausalización de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.
 - b) La ampliación de la extinción del contrato ante la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
 - c) Movilidad funcional y grupos profesionales.
 - d) Regulación del teletrabajo o trabajo a distancia.
 - e) Horas extraordinarias a los contratos a tiempo parcial.

- 5.- Otras medidas: Formación.

En relación con la modificación de la legislación laboral llevada a cabo por el RDL 3/2012, de fecha 10 de febrero de 2012, podemos sintetizar los principales aspectos que recoge dicha regulación, en lo que se refiere a los derechos de los trabajadores en relación con el derecho a la estabilidad en el empleo, así como en materia de negociación colectiva.

Estas primeras notas se hacen a la vista de las principales medidas adoptadas por el RDL, refiriendonos sólo a ciertos aspectos que son en sí mismos clarificadores de nuevos principios que se han introducido en la legislación laboral y sobre los cuales efectuamos las siguientes consideraciones, sin perjuicio de las que se harán una vez efectuado un análisis completo de las medidas.

1.- Medidas en relación con la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.

Se mencionan tres aspectos nucleares de esta reforma.

a) La extensión de las causas de despido de carácter económico, aplicable tanto al despido colectivo como al objetivo y la exclusión del control judicial sobre su idoneidad.

Se alude a que se considera causa de despido la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de las ventas o ingresos, considerándose persistente si la disminución de las ventas o ingresos de la empresa se prolonga durante tres trimestres consecutivos.

Por otra parte, se elimina cualquier referencia a la relevancia que tiene dicha situación en relación con el mantenimiento del empleo

Dice ahora el art. 51.1 ET:

"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 o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado."

Con ello se da un parámetro que pretende objetivar el supuesto sobre el que opera la causa económica, pero presenta al menos dos graves indeterminaciones.

En primer lugar se trata de reducción de ingresos o ventas - ni siquiera pérdidas- durante un periodo inferior a un ejercicio económico, al aludir solamente a un periodo temporal de nueve meses, y desde el punto de vista económico financiero tal periodo ni siquiera determina que en un ejercicio se hubieran materializado con resultados negativos, por lo que más bien estamos ante un mero indicio de la previsión de que las pérdidas se pueden materializar en el ejercicio. Frente a lo afirmado para justificar dicha reforma esto supone ampliar el supuesto en el que las empresas pueden utilizar el despido como mera medida preventiva, eludiendo la utilización de otros mecanismos de flexibilidad interna en la empresa.

En segundo lugar, no se determina la conexión que hay entre esas pérdidas o reducción de ingresos y el número y la individualización de los puestos de trabajo que sean objeto de amortización, lo que igualmente plantea enormes cuestiones de inseguridad jurídica, al no fijarse en módulos entre el volumen de las pérdidas y los contratos afectados por la extinción. Se ha suprimido cualquier referencia a la conexión entre la causa y la necesidad de llevar a cabo las extinciones, lo que queda al arbitrio del empresario, y sin posibilitar, al menos en principio y según la voluntad del legislador expresada en la Exposición de Motivos, un control judicial sobre la justificación de la medida extintiva. Con ello se consigue automatizar que ante la reducción de ingresos o ventas, o las pérdidas actuales o previstas, el despido opera de modo inexorable y no es posible que el órgano judicial verifique si el mismo es una medida idónea, justificada, proporcionada o racional en relación con la situación de la empresa.

b) La supresión de la autorización administrativa para el despido colectivo, y para la suspensión de los contratos o reducción de jornada.

Como medida más importante de todas se alude expresamente a la eliminación de la autorización administrativa previa para el despido colectivo.

La misma supresión de la autorización administrativa se menciona en las medidas de flexibilidad para adoptar decisiones de suspensión de contratos o reducción de jornada. Por el contrario, en caso de la empresa en concurso, si se mantiene la autorización judicial por el Juez del Concurso para autorizar tales medidas. También se mantiene la autorización administrativa en caso de fuerza mayor.

La Autoridad Laboral se limita a llevar a cabo una notificación a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, y a reclamar un informe de la Inspección de Trabajo, además de verificar la preservación del período de consultas, pero sin autorizar a la empresa dicha medida. Puede impugnar el acuerdo si considera que ha mediado vicios del consentimiento, o si es una medida fraudulenta para la obtención de prestaciones por desempleo.

Dice el art. 51 ET, en su nueva redacción, que:

"2....

Transcurrido el período de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo.

...

4. Comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario notificará los despidos individualmente a los trabajadores afectados en los términos establecidos en el artículo 53.1 de esta Ley. Lo anterior no obstante, deberán haber transcurrido como mínimo 30 días entre la fecha de la comunicación de la apertura del período de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido.

Contra la decisión empresarial cabe formular dos tipos de reclamaciones. Por parte de los representantes de los trabajadores, demanda que impugna la totalidad de la decisión empresarial, con efectos generales sobre el conjunto de los trabajadores y que tiene una tramitación preferente sobre las reclamaciones individuales. Y por otra parte, reclamación individual de despido por los trabajadores aceptados que tiene por objeto revisar la justificación de su extinción.

Los efectos que pueda tener la supresión de la autorización administrativa son en buena medida imprevisibles, pues altera los principios a través de los cuales se ordena la regulación de empleo, tanto de carácter extintivo como suspensivo o de reducción de jornada. Sin embargo cabe destacar ciertos aspectos que es previsible que produzca dicha medida.

En primer lugar viene a privar de un elemento que atribuye legitimación y presunción de la concurrencia de la causa, a la decisión extintiva o suspensiva. La intervención de la Administración no puede contemplarse como una mera interferencia en el poder del empresario, sino que cuando autoriza la medida presupone que han sido valorados los requisitos para que la misma pueda operar, legitimando con ello tal decisión, y en lo que ahora interesa, reduciendo drásticamente las posibilidades de controversia judicial sobre la medida que ha sido utilizada, como lo demuestra la escasa o casi nula litigiosidad que generan tales autorizaciones administrativas, aunque no vengán precedidas por acuerdo en el período de consultas, y que hasta la entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social era materia del Orden Contencioso Administrativo, y tras ese momento se atribuye al Orden Social.

Además hasta ahora el sistema basado en la autorización administrativa venía ofreciendo resultados que se plasmaba, en primer lugar en un elevado número de expedientes que concluyan con acuerdo entre las partes, lo que no puede ser ajeno a la posición de la propia Administración que estimula la consecución de tales acuerdos. Y respecto de los expedientes que no alcanzan acuerdo la autorización administrativa venía aplicándose, si bien no de forma generalizada e incondicionada, pero con la precisión de que una vez que

se hubiera emitido, otorgaba en la práctica plena seguridad jurídica a la decisión empresarial.

Por tanto es previsible que si no ha mediado acuerdo con los representantes en el periodo de consultas, dado que la decisión empresarial descansa únicamente en la apreciación unilateral del empresario de la concurrencia de la causa y del cumplimiento de los requisitos procedimentales del despido, que ante la comunicación que reciban los trabajadores de que su contrato ha sido objeto de suspensión, reducción de jornada y sobre todo extinción, se responda ante dicha decisión unilateral del empresario con la lógica demanda ante la Jurisdicción Social. En realidad su desarrollo práctico sería similar al que hasta ahora viene teniendo la dinámica de los despidos objetivos, en los que es la empresa la que decide, bajo su exclusiva responsabilidad, la concurrencia de los supuestos objetivos y procedimentales para tal cese, y la experiencia nos muestra el enorme porcentaje de casos en los que el trabajador insta demanda por despido, a fin verificar el adecuado control sobre la decisión empresarial que afecta al mantenimiento de su empleo, y cuya revocación posibilita el acceso a una mayor indemnización, tanto a costa del empresario como, en caso de insolvencia, a cargo del Fondo de Garantía Salarial.

Lo mismo cabe suponer que se producirá en relación con las decisiones empresariales de reducción de jornada o suspensión de contrato, que si no median acuerdo con los representantes la decisión unilateral del empresario carecerá siempre y en todo caso del amparo de una decisión administrativa que le atribuya presunción de legitimidad, y no es descartable ni mucho menos que se generalicen las impugnaciones individuales en masa ante las decisiones empresariales de suspensión de contratos o reducción de jornada, lo que hasta ahora no venía planteando ningún grado de litigiosidad en la medida que se requería dicha autorización administrativa.

Cabe plantear por tanto un incremento sustancial de la litigiosidad, y en consecuencia de la inseguridad jurídica, en todas las decisiones empresariales de carácter colectivo, tanto suspensivas, de reducción de jornada o extintivas.

En este sentido, el artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, recoge, entre otros, los siguientes contenidos novedosos, que ponen en evidencia los principales aspectos de este tipo de litigios:

«Artículo 124. Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

1. La decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales o sindicales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes.

2. La demanda podrá fundarse en los siguientes motivos:

- a) Que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita.*
- b) Que no se ha respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores.*
- c) Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.*

...

4. Para presentar la demanda no será necesario agotar ninguna de las formas de evitación del proceso contempladas en el Título V del Libro I de la presente Ley.

5. La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión de despido colectivo adoptada por el empresario al finalizar el periodo de consultas del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

...

11. Cuando el objeto del proceso sea la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, se estará a lo previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley, con las siguientes especialidades:

a) 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 la medida cuente con la conformidad de aquéllos.

b) Si una vez iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial a tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 3 del artículo 160."

c) La aplicación del despido colectivo y objetivo al Sector Público.

Otra medida incluida en la nueva Disp. Adicional 20 del ET- según la redacción dada por la Disp. Adic. 2ª del RDL- alude directamente a la aplicación de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas a los organismos y entidades que forman parte del sector público para justificar la extinción de los contratos de trabajo, tanto por la vía del despido colectivo como del despido objetivo.

Según la Disposición adicional segunda del RDL, Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público, se añade una disposición adicional vigésima al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido:

«El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los

Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.»

Sin embargo, el propio RDL 3/2012 define las causas económicas que justifican la extinción de los contratos de trabajo del personal del sector público, vinculándola a la existencia de insuficiencia presupuestaria. Es decir ni siquiera un ejercicio económico es preciso considerar, y la insuficiencia presupuestaria, como puede ser la falta de cumplimiento de las previsiones de ingresos durante nueve meses, justifica el despido del personal laboral fijo de las Administraciones Públicas, y en general, de todo el sector público.

Esta cuestión plantea la enorme incongruencia de que hace descansar la responsabilidad del sobredimensionamiento de la plantilla o del excesivo déficit público, únicamente sobre el personal laboral fijo de las Administraciones Públicas, pues son los únicos susceptibles de ser aceptados para adoptar medidas de carácter extintivo.

Dejando de lado la aplicación de dichas causas para suspensión de contratos o reducción temporal de jornada, en relación con la extinción de tales contratos se produce una dualidad en el régimen de los empleados públicos, a pesar de que tanto el personal laboral fijo como el funcionario han accedido al empleo público con arreglo a procedimientos sometidos a los mismos principios constitucionales, y la diferenciación entre el estatuto de uno y otro personal únicamente responde, o a la naturaleza de los oficios o cometidos especializados desempeñados por el personal laboral, o más frecuentemente aún por la mera discrecionalidad administrativa a la hora de diseñar las bases de la convocatoria y la relación de los puestos de trabajo.

Con ello se convierte en decisivo para la estabilidad en el empleo de este personal su incorporación a procesos de funcionarización, que no simplemente tiene como efecto el sometimiento a unos principios de su relación de servicios diferenciados en ciertos matices, sino una alteración sustancial de la estabilidad en el empleo y la posibilidad de ser privado de su puesto de trabajo de carácter fijo.

La aplicación de la extinción se realiza en el marco de la normativa para corregir los desequilibrios financieros del sector público y su redimensionamiento, lo que puede

aportar alguna matización. En este sentido, habrá que ver dicha regulación, sobre todo, en el previsible sentido de que extienda dicha medida para el personal funcionario. Sobre esta base, cabe plantear que la dualidad de régimen la pretenda corregir el legislador mediante la extensión de los mecanismos extintivos a los funcionarios.

d) La exclusión limitada de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada al sector público, con excepciones.

Se añade una disposición adicional vigésima primera al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo con el siguiente contenido:

«Lo previsto en el artículo 47 de esta Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.»

Con ello se excluye la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada, recogiendo los planteamientos del Servicio Público de Empleo Estatal a fin de asumir los costes derivados del personal laboral de las administraciones públicas, salvo el caso de que se trate de entidades del sector público que se financian con precios públicos, o como dice el precepto, que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado, lo que comprende a los organismos y las entidades públicas empresariales y sociedades estatales que tienen ese tipo de financiación mayoritaria.

2.- Medidas en relación con la extinción de los contratos de trabajo y la suspensión y reducción de jornada.

a) La rebaja de la indemnización por despido improcedente.

La rebaja de la indemnización por despido improcedente se realiza por dos mecanismos: rebajando el importe de la indemnización calculada a razón de la antigüedad del trabajador, y mediante la supresión de los salarios de tramitación.

En relación con la primera vía, se establece que a partir de la entrada en vigor del RDL, el cómputo del periodo de prestación de servicios para calcular la indemnización por la

extinción del contrato en caso de despido improcedente se cuantifique, en todos los casos a razón de 33 días por año trabajado, con un máximo de 24 mensualidades.

Ello supone extender la indemnización para el caso del despido objetivo injustificado en el contrato de fomento de la contratación indefinida a todos los casos de despido injustificado y a todas las modalidades de contratación, incluidos los indefinidos ordinarios, por lo que se suprime lógicamente el contrato indefinido de fomento, al extender su indemnización de forma generalizada a todas las relaciones laborales que concluyan por una extinción sin causa o con causa injustificada, o que no respeten los requisitos de forma.

Igualmente se aplica la rebaja de la indemnización a la finalización del contrato por incumplimiento grave del empresario.

En caso del periodo anterior a la entrada en vigor del RDL, el cómputo se seguirá haciendo con arreglo a la legislación precedente de 45 días por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades, pero sólo hasta la entrada en vigor, generando una situación compleja para los trabajadores fijos actuales. Si se les extingue su contrato, hay que hacer un doble cálculo: El período de antigüedad hasta el RDL 3/12 se calcula sobre la base de 45 días por año con el máximo de 42 mensualidades. Y el período nuevo, se calcula con un parámetro distinto, a razón de 33 días por año con un máximo de 24 meses. Pero el problema está en los máximos que se aplican a la totalidad de la indemnización, y que supone, en la práctica, que los actuales trabajadores que ya tienen 16 años de antigüedad en la empresa en la fecha de entrada en vigor del RDL, se les congela la indemnización por despido hacía el futuro.

Según la disp. Transitoria quinta del RDL, "2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso."

Esto supone, en concreto, para los contratos anteriores al RDL, se parte de que el período anterior se calcula con arreglo a la legislación anterior, y el nuevo con la nueva, pero el tope máximo de la indemnización es, o el de 720 días que son 24 meses de salario, o la cuantía de la indemnización calculada en el período hasta el RDL. Por tanto, si ya tienen 16 años al día 12 de febrero de 2012, han alcanzado los 720 días de indemnización, y el nuevo período trabajador a partir de ahora ya no genera derechos en caso de despido improcedente, lo que hace que su indemnización quede congelada. Con la legislación anterior, el tope se alcanzaba con 28 años.

Es una medida que en cualquier caso rebaja el coste del despido injustificado, o el despido sin cumplir las exigencias de forma en caso de despido objetivo e implica la

consiguiente minoración de la principal garantía relativa al mantenimiento de la estabilidad en el empleo. Se configura como una medida para flexibilizar la extinción de los contratos sin causa, o incluso cuando la extinción responda a un incumplimiento contractual grave del propio empleador.

b) Supresión de los salarios de tramitación.

Se establece nueva redacción del artículo 56. Dos del estatuto de los trabajadores, a fin de suprimir el abono de los salarios de tramitación en caso de despido improcedente, que son los que van desde la comunicación del despido hasta la fecha de la sentencia que declara la improcedencia. Sólo se contempla el abono de tales salarios si la empresa opta por la readmisión del trabajador, pero no si decide el abono de la indemnización y la extinción del contrato.

Se trata de la misma medida que ya contempló el Real decreto ley 5/2002, (Decretazo) que incluyó una rebaja sustancial del coste del despido mediante la misma vía de suprimir el abono de los salarios de tramitación, en los mismos términos que ahora se vuelven a regular en nuestra legislación.

Y se trata de la misma medida que ya fue objeto de rectificación por el mismo autor del RDL del año 2002, mediante la ley 45/2002 que restableció el derecho al abono de tales salarios de tramitación.

Y se trata de la misma medida que provocó en el curso del año 2002 el la convocatoria de una huelga general. Igualmente se trata de la misma medida que fue declarada contraria a la Constitución por parte del tribunal constitucional, precisamente por entender que una regulación de este alcance no podía ser objeto de tratamiento a través de la figura excepcional del Real Decreto Ley.

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

Al suprimirse de forma generalizada el abono de los salarios de tramitación, se establece la supresión de la figura denominada como despido exprés, en tanto que el mismo sólo exoneran del pago de salarios de tramitación si el empresario reconoce la existencia de un despido improcedente. Por el contrario, a partir del RDL la supresión de los salarios de tramitación opera en todos los casos, incluidos los que el empresario no reconoce la existencia de dicha improcedencia. Siempre puede probar en el juicio que el cese está justificado, y no corre el riesgo de que si se declara el despido injustificado tenga que abonar los salarios de trámite, lo que hasta ahora era imposible.

c) Fogasa.

Se establece que la prestación del FOGASA sólo cubre la extinción por despido procedente, lo que cabe entender referido al despido procedente por causas objetivas, o en su caso colectivas, lo que descarta que los recursos públicos del FOGASA se apliquen a subvencionar despidos improcedentes, injustificados o sin causa como en alguna medida parecía haber admitido la legislación anterior.

d) Absentismo.

En materia de extinción de contrato por superación de los índices de absentismo se establece que para determinar la concurrencia de la causa de despido sólo compute el índice de absentismo individual, suprimiendo la alusión al índice de absentismo colectivo.

Con ello se facilita el despido de los trabajadores afectados de procesos de IT por contingencias comunes, que no deriven de la maternidad o violencia de género, cuando superen los umbrales correspondientes.

e) Desempleo.

En materia de desempleo, llama la atención que se contemple para los desempleados que cobren prestación la realización de servicios en beneficio de la comunidad, en un tratamiento equivalente al que se impone en nuestra legislación como una pena alternativa al ingreso en prisión respecto de quienes fueran condenados por determinados delitos. Ello plantea una visión del sujeto que percibe prestaciones por desempleo que consideramos incompatible con la existencia de un verdadero derecho derivado del sistema de la Seguridad Social, y que con tratamiento legal descrito se asimila a la comisión de un delito.

f) Contratación indefinida a empresas de hasta 50 trabajadores.

Se establece una nueva modalidad contractual indefinida para empresas de hasta 50 trabajadores, con la particularidad relativa a la duración de su período de prueba de un año, y el reconocimiento de determinados beneficios e incentivos fiscales.

3. 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 período de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso.

Al margen de las deducciones de carácter fiscal a tanto alzado o en proporción a la prestación por desempleo que viniera percibiendo el trabajador, que pone en evidencia

que la finalidad de esta modalidad contractual más que buscar la reinserción de colectivos desfavorecidos, es rebajar el índice de cobertura de las prestaciones por desempleo, frente a los parados a los que ya se les hubiera agotado la prestación, llama la atención la implantación de un periodo de prueba de un año.

Ello convierte a ese contrato, denominado indefinido, en un contrato con despido libre durante el primer año de vigencia de su relación laboral, y que puede ser extinguido por la mera decisión discrecional del empresario, sin tener que justificarse en ninguna razón concreta y sin generar ningún tipo de compensación a favor del trabajador, sin someterse a ningún procedimiento que implique garantías para dicho trabajador, y sin sujetarse a ningún criterio temporal en el que pueda operar dicha causa extintiva, a diferencia de los contratos temporales en los que la extinción solo se puede producir una vez que venza el periodo temporal pactado, mientras que en caso de extinción durante el periodo de prueba el trabajador puede ser objeto de despido en todos y cada uno de los días del año en el que dure dicho periodo.

Por tanto el carácter indefinido del contrato más bien hay que modularlo en el sentido de que durante el primer año en realidad es un contrato con un nivel de estabilidad en el empleo inferior al de cualquier contrato temporal, en el que opera el despido libre, sin causa y sin compensación alguna para el trabajador. Dicha extensión temporal del periodo de prueba es desmesurada, y carece de toda razonabilidad para prácticamente la totalidad de los puestos de trabajo, incluyendo los que requieren el más alto nivel de cualificación, y que cuando se trata de puestos de escasa cualificación pone en evidencia la absoluta desnaturalización de esa institución laboral que se convierte en un mero mecanismo de introducir en nuestro país la figura del despido libre.

g) Encadenamiento de contratos.

Se establece que «Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2012, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.»

Con ello, la suspensión establecida durante dos años de esa medida, limitativa del encadenamiento de contratos temporales, queda reducida hasta el fin del 2012, por lo que partir de 2012 entrará a regir de nuevo los límites al encadenamiento de contratos temporales.

3.- Negociación colectiva.

a) Prioridad del convenio de empresa.

Se dispone la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre las materias ya contempladas en el ET (Salarios, jornada y otras) independientemente de lo que se pacte a nivel superior, y a pesar de lo que se hubiera fijado en los acuerdos interprofesionales o

los convenios sectoriales estatales o autonómicos que hubieran establecido una ordenación de la negociación colectiva.

Según la redacción que se da al art. 84 del ET en sus dos primeros apartados:

- «1. *Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83, y salvo lo previsto en el apartado siguiente.*
- «2. *La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:*
- a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.*
 - b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.*
 - c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.*
 - d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.*
 - e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa.*
 - f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.*
 - g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.*

Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1. Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado.»

Se reconoce que los convenios sectoriales pueden ser objeto de regulación de condiciones de trabajo y salariales distintas en virtud de un posterior convenio de empresa.

De esta forma, no sólo el convenio provincial sectorial está desprotegido frente a la regulación a la baja en las condiciones de trabajo que pueda hacer cualquier convenio de empresa, sino que esa posibilidad afecta a cualquier convenio colectivo sectorial autonómico, estatal, o acuerdo interprofesional, que carecen de la capacidad de fijar derechos laborales mínimos o condiciones de trabajo que sean vinculantes para la unidad de negociación de empresa o de grupo de empresas.

Con ello, la ordenación de la estructura de la negociación colectiva sólo tiene operatividad en la negociación sectorial, pero no vincula a la negociación de empresa.

Además, como vamos a ver, la inaplicación del convenio sectorial no sólo se puede conseguir mediante un acuerdo con los representantes de los trabajadores en la empresa,

sino mediante un mecanismo que se generaliza fundado en la implantación de un arbitraje obligatorio.

b) Descuelgue salarial y de las demás condiciones de trabajo.

- El descuelgue salarial se amplia a la práctica totalidad de las condiciones de trabajo fijadas en convenio sectorial o de empresa.

Dice el art. 83.2 ET que:

"Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, 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, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.*
- b) Horario y la 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 para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.*
- g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.*

- Además, se redefinen las causas para el descuelgue, que se equiparan a las causas del despido objetivo o colectivo, lo que viene a suponer que la empresa puede optar, bien por el descuelgue, o bien por la extinción de los contratos de trabajo. Dice el mismo precepto:

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 o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado."

- Pero lo más relevante es que se establece que para el caso de que no se alcance un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores se acuda a un arbitraje de carácter obligatorio, que se instrumentará, bien según lo pactado en el convenio colectivo o en su defecto se encargará de la gestión para decidir la inaplicación del

convenio la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos o sus equivalente autonómicos. Tales entidades podrá directamente decidir la cuestión, o bien designar un arbitro para que fije la inaplicación el convenio sectorial o de empresa.

Dejando al margen la naturaleza de tales organismos de participación, parece claro el propósito de que el recurso al arbitraje sustituya de forma generalizada al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Establece el art. 82.3 ET, en su nueva redacción que:

Quando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y las partes no se hubieran sometido a los procedimientos mencionados a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos 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. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un arbitro designado al efecto por ellos mismos, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.»

c) Limitación de la ultraactividad de los convenios.

En relación con el proceso de negociación de los convenios colectivos se alude a que la ultraactividad del convenio colectivo opera durante el plazo máximo de dos años a partir de la finalización del anterior, salvo que el convenio u otro pacto hubiera establecido otra cosa.

Según la nueva redacción del art. 86.3 ET, último párrafo, "Transcurridos dos años desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.»

A partir de ese momento, se dice que el convenio ya no estará vigente y en consecuencia hay que suponer que se aplicarán los convenios negociados en otra unidad de negociación superior, si los hubiere, o se podrá incurrir en un vacío de regulación, con todos los problemas que ello puede conllevar a la hora de tener los derechos de los trabajadores afectados.

En relación con los convenios que en la fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012 se encontraban denunciados, igualmente les afecta la pérdida de la ultraactividad, si bien con la peculiaridad de que el periodo de dos años se computa a partir de la entrada en vigor del RDL.

Dice la Disposición transitoria cuarta. *Vigencia de los convenios denunciados en la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley. En los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados en la fecha de entrada en vigor del presente real decreto-ley, el plazo de dos años al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada al mismo por este real decreto-ley empezará a computarse a partir de su entrada en vigor.*

4.- Otras Medidas de flexibilidad interna.

Ya se han expuesto las medidas relativas a la modificación de condiciones fijadas en convenio y el descuelgue del convenio sectorial o de empresa por su directa conexión con la negociación colectiva. También se ha aludido a la suspensión de contratos y a la reducción de jornada por su conexión con los despidos colectivos.

Ahora tratamos de otras medidas de flexibilidad interna en la empresa.

a) La descausalización de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Se establece una descausalización en la práctica de las medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo, en tanto que no requiere ninguna situación concreta de la empresa que pueda justificar su adopción. Igualmente opera en relación con la movilidad geográfica, como los traslados.

Según la redacción que se le da al Artículo 41 ET. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

"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. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa."

Lo mismo se reitera para la movilidad geográfica en el art. 40.

Se trata de una mera descripción de la medida, pero no de una descripción de la causa, por lo que supone que el poder de dirección del empresario alcanza, nada menos, que la facultad para modificar las condiciones de trabajo fijadas en cualquier instrumento individual como el contrato o pacto, o colectivo, como la decisión del empresario de efectos colectivos o los pactos o acuerdos de empresa. Sólo los convenios colectivos suponen un límite al poder de dirección del empresario, aunque no por la causa, sino por cuanto su modificación se tiene que hacer, bien por acuerdo con los representantes, bien mediante un arbitraje obligatorio.

b) La ampliación de la extinción del contrato ante la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

En los supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo correspondientes a condiciones de tiempo de trabajo (jornada, horario, turnos) 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.

Ahora se amplía esa facultad resolutoria del contrato, con la misma indemnización que el despido objetivo, en caso de cambio de funciones relativas al sistema de remuneración, y a la movilidad funcional que tenga carácter sustancial. No es una medida que preserve el empleo, sino que facilita la salida del trabajador de la empresa cuando el cambio de las condiciones le suponga un perjuicio

c) Movilidad funcional y grupos profesionales.

La movilidad funcional opera sobre la base del sistema de grupos profesionales, según viene a establecer el art. 39 ET, suprimiéndose la regulación del sistema de categorías profesionales. Sobre esta base, se fija un plazo de un año para que los convenios actuales se adecuen a la nueva regulación. Dice la Disposición adicional novena. Adaptación de los convenios colectivos al nuevo sistema de clasificación profesional.

En el plazo de un año los convenios colectivos en vigor deberán adaptar su sistema de clasificación profesional al nuevo marco jurídico previsto en el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por este real decreto-ley.

Además, se establece que el cometido del trabajador implica la prestación de servicios dentro del grupo profesional por lo que la movilidad en el grupo profesional forma parte del poder de dirección del empresario, incluso, parece ser, frente a lo que pacten las partes en el contrato de trabajo. Dice la norma que el art. 22 ET tendrá este contenido:

«Artículo 22. Sistema de clasificación profesional.

- 1. Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales.*
- 2. Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador.*

3. La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres.

4. Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo.»

d) Regulación del teletrabajo o trabajo a distancia.

El art. 13 ET pasa a reglar el llamado trabajo a distancia, en estos términos:

«Artículo 13. Trabajo a distancia.

1. Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.

2. El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito. Tanto si el acuerdo se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior, le serán de aplicación las reglas contenidas en el artículo 8.3 de esta Ley para la copia básica del contrato de trabajo.

3. Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquéllos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones.

El empresario deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional continua, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, deberá informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.

4. Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre y su normativa de desarrollo.

5. Los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley. A estos efectos dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa.»

Preserva los derechos en materia de condiciones de trabajo, retributivos, sindicales y de prevención de riesgos de estos trabajadores.

e) Horas extraordinarias a los contratos a tiempo parcial.

Se reconoce dicha posibilidad de forma expresa en la letra c) del apartado 4 del artículo 12 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que queda redactada del siguiente modo:

«c) Los trabajadores a tiempo parcial podrán realizar horas extraordinarias. El número de horas extraordinarias que se podrán realizar será el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada.

Las horas extraordinarias realizadas en el contrato a tiempo parcial computarán a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y bases reguladoras de las prestaciones.

La realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo.

En todo caso, la suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado uno de este artículo.»

5. Otras medidas: Formación.

Cabe destacar, entre otras, las siguientes medidas:

a) La ordenación del contrato para la formación y el aprendizaje, incluyendo la elevación del límite de edad a los 30 años hasta que la tasa de desempleo quede por debajo del 15%, lo que lo convierte en un elemento general de ese tipo contractual.

b) La regulación de un derecho laboral vinculado a la formación profesional del trabajador. Según el art. 23.3 ET: *"3. Los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa tienen derecho a un permiso retribuido de 20 horas anuales de formación vinculada al puesto de trabajo acumulables por un periodo de hasta tres años. La concreción del disfrute del permiso se fijará de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario.»*