



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN RELACIONES LABORALES

CURSO ACADÉMICO 2013-2014

FLEXIBILIDAD DE LAS RELACIONES LABORALES:

El camino hacia la precarización laboral del siglo XXI

Labor Relations Flexibility:

The Way to the XXI Century labor casualization

Alumno: Diego Cortabitarte Mújica

Tutor: José Javier Orcaray Reviriego

Junio 2014



ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN.- *El mercado de trabajo en España una realidad económica que pervierte el cambio.*

2.- FLEXIBILIDAD DE CARÁCTER INDIVIDUAL:

2.1. FLEXIBILIDAD DE ENTRADA

2.1.1. La nueva forma de contratación: El Contrato de Apoyo Para Emprendedores.

2.1.2. Las nuevas dinámicas de contratación en los Contratos a Tiempo Parcial.

2.1.3. Formación y Práctica.

2.2. FLEXIBILIDAD INTERNA:

2.2.1. Trabajo a distancia.

2.2.2. Movilidad Funcional y grupos profesionales.

2.2.3. Movilidad Geográfica.

2.2.4. La Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

2.2.5. Distribución irregular de la jornada.

2.3. FLEXIBILIDAD DE SALIDA:

2.3.1 El nuevo despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

3.- FLEXIBILIDAD DE CARÁCTER COLECTIVO

3.1. FLEXIBILIDAD INTERNA:

3.1.1. La inaplicación del convenio

3.1.2. La ultraactividad.

3.1.3. Prioridad aplicativa del convenio de empresa.

3.2. FLEXIBILIDAD DE SALIDA:

3.2.1. Procedimiento de despido colectivo

4.- CONCLUSIÓN: *Un rumbo aún por decidir.*

5.-BIBLIOGRAFÍA

PRESENTACIÓN

La flexibilidad laboral se está consolidando cada vez más como el elemento esencial del pensamiento laboral europeo. Lo que en un principio parecía ser una fórmula que en combinación con la seguridad propia del Estado de Bienestar pudiera alcanzar una posible vía para lograr el pleno empleo, parece estar transmutando cada vez más hacia una técnica nada imaginativa de reducir los costes salariales. Más allá de las medidas concretas sobre despidos o de las recetas para la reducción de costes, lo que marcará desde ahora las relaciones laborales y la productividad española será cómo se entienda y aplique la flexibilidad laboral.

Por tanto las razones que motivan la elección de este tema, son por un lado la suma importancia que con carácter transversal tendrá para la vida de los trabajadores y las empresas en los próximos años. Por otro nos encontramos en un momento propicio para analizar directamente la multitud de medidas que nuestro inagotable legislador está promulgando en materia laboral, tendentes todas ellas a facilitar la flexibilidad del trabajo, tanto interna como externa; algo que no solo ha trastocado completamente al Derecho del trabajo, sino que además ha obligado a revisar y actualizar lo que en su día todos nosotros llegamos a aprender.

Por todo lo anterior, el presente trabajo tiene por objeto, por un lado, ahondar en las últimas reformas laborales, principalmente las acaecidas desde el año 2012, ya que alteran más profundamente el sistema de Relaciones Laborales; por otro lado, bosquejar el sistema que pretenden dichas reformas y contrastarlo a modo de conclusión con el concepto de Flexiseguridad.

Labor flexibility is consolidating as the primary element of the current labor European thought. What at first appeared as a formula that combined with security, seemed to be an appropriate way to achieve the full employment, it's changing into a no-new formula to reduce labor costs. Beyond concrete actions on layoffs or cost reduction formulas, the understanding and applying of labor flexibility will mark Spanish labor relations and productivity from now.

So what has led me to the choice of this theme, first, is the cross importance of flexibility have and will have for the life of all workers in the coming years. Second, we are in an extremely good moment to analyze the multitude of measures that our government has been enacting prolific in labor matter. Almost all of them designed to facilitate flexibility in the business, both internally and output flexibility. Thing that has not only completely disrupted our labor law, has also rendered obsolete much of what during the last four years we have studied.

Therefore the following work is intended, first, delve into the latest labor reforms, primarily since 2012, what are the most dramatically altered the system, second, sketching the system that seeks the flexicurity concept in contrast to the legal development.

1.- INTRODUCCIÓN: *El mercado de trabajo en España una realidad económica que pervierte el cambio.*

1.- Una de las cuestiones más importantes a tener en cuenta, antes de tratar una reforma laboral, es que en raras ocasiones la norma tiene gran efecto, mediato o buscado, ya que lo esencial, y cuasi único, que afecta a la productividad y al mercado de trabajo es la situación económica del momento; esto explica que durante diez años el modelo que ahora se define como obstruccionista, rígido, especialmente gravoso, y poco productivo, no impidiese alcanzar el mayor crecimiento económico que muchos llegaremos a ver en España.

Nos encontramos, obvio es decirlo, ante una situación económica muy adversa, que de manera repentina y ajena a nuestra voluntad ha trastocado los inamovibles cimientos de nuestro Estado Social; del mismo modo cuestiones que se creían inalienables a la condición del trabajador, como la seguridad material, el no asumir riesgos, o la estabilidad en el puesto de trabajo, se tambalean peligrosamente, creando una incertidumbre que conviene dejar atrás a la hora de tratar algo tan complejo, como la Flexibilidad laboral. Por tanto sería aconsejable en primer lugar el alejarse y mucho de los pronunciamientos vacíos que se realizan desde los ámbitos políticos partidistas, incluso dejar atrás la idea de creación de empleo, o crisis económica, porque lo que subyace detrás de todo lo que se está llevando a cabo es un cambio total de las reglas de juego, que empezó a idearse hace años, en época de bonanza, y que con la eclosión europea de las ideas ultraliberales no tiene visos de ser temporal.

Por tanto no se puede atribuir exclusivamente a la situación económica las recientes reformas laborales, ya que en realidad la fuente de la cual han bebido los entes reformadores es bastante anterior a la actual situación económica; desde hace bastantes años se plantea desde Europa un cambio, una ruptura no manifestada con suficiente claridad con el modelo anterior de relaciones laborales, propio del Estado de Bienestar Socialdemócrata; se pretende un regreso a una flexibilidad, que se erigirá como seña identitaria del futuro modelo productivo europeo, y hacia la cual se encamina a grandes zancadas la reforma del año 2012 ⁽¹⁾. Sin embargo hay que mencionar la importancia que tiene la situación económica para la adopción urgente de medidas.

Desde finales de 2007 estamos padeciendo una situación económica altamente desfavorable, que unida al cambio de gobierno en 2011 han acelerado todos y cada uno de los procesos reformadores, esto significa que los cambios del mercado de trabajo ya planteados con anterioridad ⁽²⁾ se llevasen a cabo con gran premura. La gran pregunta que debería haber sido tratada en un principio sería ¿qué supone la flexibilidad?, se nos está presentando como solución incontestable a todos los problemas del estado, empleo, economía, sanidad, limpieza de basuras, pero, ¿qué es y qué consecuencias tiene?, este trabajo pretende alcanzar una conclusión que defina tales consecuencias en el ámbito del Derecho del Trabajo, donde se ha instalado el monstruo conceptual que supone la flexibilidad.

¹.- Real decreto Ley 3/2012 de 10 de Febrero, tramitándose posteriormente como la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. «BOE» núm. 162, de 7 de julio de 2012.

².- Tanto en la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; como en la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social; como en RD-Ley 7/2011 de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva; y desde el ámbito europeo el libro verde *“Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”* de 22 de noviembre de 2006. Todas estas medidas planteaban un cambio considerable de las relaciones laborales, marcando ya los inicios del camino a seguir.

A través del análisis de las nuevas medidas introducidas en el ámbito de las relaciones laborales, se describirá cómo la flexibilidad ha afectado ya a la estructura del mercado de trabajo, cómo las ideas de seguridad y estabilidad del empleo han sido abandonadas, como señala María Emilia Casas Baamonde⁽³⁾ «Ese Derecho del trabajo y del mercado de trabajo invierte su función protectora de los trabajadores para reconocer derechos a los empresarios y proteger los valores empresariales para crear empleo y evitar su destrucción»; y es que de los diversos cambios normativos se desprende que frente a lo que se pretendiera anteriormente, ahora lo que protege la normativa es a la competencia empresarial, parte representativa del sujeto fuerte de la relación laboral; y para defender la “productividad” nacional parece ser necesario debilitar notoriamente la figura del trabajador, transformándolo en un mero coste o factor productivo.

2.- Antes de entrar, directa y propiamente en el tema, resulta interesante visualizar la situación concreta del mercado de trabajo español, el dos de agosto fue publicado el informe de evaluación del impacto de la reforma laboral⁽⁴⁾; y en diciembre de 2013 ha salido a la luz el informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico⁽⁵⁾ analizando el efecto de la reforma laboral en España. Ambos informes valoran en un escaso margen de aplicación de la norma, los efectos que la reforma laboral de 2012 ha tenido en nuestro país, en nuestra economía, y en nuestro mercado de trabajo; e incluso el informe de la OCDE realiza propuestas de mejora, todas ellas conducentes hacia la senda de la pura Flexibilidad.

a) Empezaré por realizar una aproximación al Informe de Evaluación del Impacto de la Reforma Laboral, que debido principalmente a las dimensiones de este trabajo será reducida. Lo primero que se advierte en el informe de impacto de la reforma laboral es la vanagloria generalizada en la parte no estadística del informe, atribuyendo cualidades extremadas a ciertas medidas contenidas en la reforma laboral, medidas cuyo éxito las estadísticas no acaban de corroborar del todo, o al menos no en tanta entidad como la primera parte del informe pretende hacernos creer; así por ejemplo cabría mencionar la eficacia del Contrato de Apoyo a Emprendedores, al cual el informe define como «vía de acceso al empleo indefinido»⁽⁶⁾ para no alejarme demasiado del planteamiento estadístico que refleja el propio informe me limitaré a mencionar que es una vía complicada, y realmente escasa, de contratación indefinida, contabilizándose 120.000 contratos de este tipo realizados, una implantación en absoluto trascendental⁽⁷⁾, y con una tasa de supervivencia superior al año entorno al 70%; es decir tal como define el informe 84.000 contratos de este tipo pervivieron más de un año, eso significa a grandes rasgos que 36.000 contratos de este tipo han sido utilizados de facto como una forma de contratación temporal, sin algún tipo de indemnización.

³.- CASAS BAAMONDE, M.E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (2013, Diciembre) “La aplicación de la Reforma Laboral” Relaciones Laborales Nº 12, Sección Monografías. Editorial LA LEY. Página 6.

⁴.- Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en adelante MEYSS, (2013, 2 de Agosto) “Informe de evaluación del impacto de la reforma laboral”, Madrid: Gobierno de España.

⁵.-Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en adelante OCDE, (2013, Diciembre) “THE 2012 LABOUR MARKET REFORM IN SPAIN: A Preliminary Assessment” ©OECD 2013.

⁶.- MEYSS Op. Cit. Página 30.

⁷.- La presencia de este tipo de contrato no llega al 1% en el peso de la contratación. Fuente Servicio Público de Empleo (en adelante SEPE, o SPEE).

Tomando como referencia el citado informe, la situación planteada es la siguiente: El 68,20% de las empresas ⁽⁸⁾ recurren al despido como forma usual para responder a las necesidades de la demanda, con lo cual el uso de las medidas de flexibilidad interna parecen haber sido limitadas a mero complementos del despido. El número de desempleados durante los doce meses posteriores a la reforma laboral aumentó en 563.200⁽⁹⁾, lo cual enlaza también con una disminución de la población activa, en concreto de 142.542 personas.

El mayor logro de la reforma parece haber sido el descenso de los costes laborales unitarios en un 3,2%, lo que sitúa a España en el primer puesto de la reducción de dichos costes a nivel europeo; para hacernos una idea clara, la caída del coste laboral unitario en España es superior a la suma conjunta de los siguientes 5 países cuyos costes en este sentido han disminuido (Lituania, Eslovenia, Reino Unido, Chipre e Irlanda), debido principalmente a un considerable descenso de los salarios. Se constata un limitado uso de las medidas de flexibilidad interna como alternativa al despido, centrándose en su inmensa mayoría en la reducción salarial; según datos del Instituto Nacional de Estadística⁽¹⁰⁾ un 68,2% de las medidas de flexibilidad han sido Salariales, un 27,7% tenían que ver con la Formación, y un 40% con la Jornada, esto ha supuesto en esencia la reducción de la remuneración por asalariado de un 3,3% desde la instauración de la reforma laboral, situando los salarios en los niveles conocidos en 2011⁽¹¹⁾. Y pese a todas las medidas y esfuerzos, para favorecer la contratación, el desempleo de larga duración sigue en ascenso sin demasiadas esperanzas de solución. Todo ello tan sólo para recuperar los mismos niveles de competitividad que existían en el primer trimestre de 2012, o lo que es lo mismo, después de un descenso notable de la competitividad en los primeros meses de aplicación de la reforma, en la actualidad tales niveles se han incrementado hasta situarse a la altura de justo antes de la reforma. ⁽¹²⁾

En cuanto a la contratación por sectores, el contrato para el apoyo a emprendedores ha sido mayoritariamente empleado en empresas de comercio y hostelería, constituyendo un (45,10%) de la utilización total de dicha modalidad contractual, repartiéndose el resto en una multitud de sectores, con un uso meramente testimonial en algunos, como ejemplo industrias extractivas (0,01%), Transporte y Almacenamiento un (7,30%), ⁽¹³⁾. De este dato de contratación se podría desprender una sintomática del emprendimiento español, que es la polarización de éste, principalmente en tres sectores tradicionales, Hostelería, Comercio e Industria Manufacturera, lo que podría llevar al convencimiento en este primer momento de que la minoración en la destrucción de empleo y la “mejora” de la situación general pueda deberse a otros factores ajenos a la regulación laboral, como sea por ejemplo, el aumento considerable del turismo extranjero en España y la recuperación (sin demasiado entusiasmo) de la confianza inversora exterior y del consumo interno. Lo que desde luego parece bastante claro es que esta forma de contratación no ha tenido los efectos buscados, ni tan siquiera se ha constituido como una forma de contratación usual.

⁸.- BANCO DE ESPAÑA (2011, Febrero) “El ajuste de los salarios frente a las perturbaciones en España”. Boletín Económico.

⁹.- MEYSS Op Cit. Página 64

¹⁰.- Instituto Nacional de Estadística, (en adelante INE)

¹¹.- Aunque este descenso es aún mayor, si atendemos a datos más recientes del INE, publicados en el País [\(Enlace\)](#), cifrados hasta diciembre de 2013 en una caída del 6,20% desde la implantación de la reforma.

¹².- Fuente Eurostat, reflejado en la página 68 del Informe de Impacto de la Reforma Laboral.

¹³.- Fuente MEYSS

Siguiendo con la contratación, es interesante mencionar el aumento sustancial de la modalidad de contratación a tiempo parcial, que el informe califica como forma de conciliación de la vida laboral y familiar, aunque a decir verdad se constituye como un gran elemento para flexibilizar, precarizar, y facilitar la contratación laboral; el incremento de este tipo de contratación es de un 11,6% en global, 3,3% nuevos contratos, 8,3% de conversión a esta modalidad; es un tipo de contrato muy apañado para la situación de inestabilidad que vivimos, ya que abarca dentro de un contrato muchas situaciones posibles, que unidas a la reducción salarial que supone la menor jornada, ha generado para los empleadores una forma muy útil de reducir los costes de salida del trabajador, y beneficiarse de igual forma de la distribución irregular del trabajo y de las posibles bonificaciones existentes para contratos indefinidos⁽¹⁴⁾. Además habría que añadir la temporalidad que puede tener este contrato ⁽¹⁵⁾. Así mismo, en algunos sectores ampliamente extendidos (Hostelería y Comercio) permite de manera no muy arriesgada para el empresario adquirir un refuerzo laboral para los períodos punta, de mayor demanda, durante el horario de atención al cliente.

Simultáneamente la obsesión que la reforma parece contener sobre la formación y la conciliación de la vida laboral y familiar, hace que en la utilización de este contrato parezca existir, para algunos casos, ese equilibrio pretendido por la reforma, probablemente el único y no muy extendido, pero que a la vez puede enmascarar situaciones de precariedad, o de incapacidad total para encontrar un trabajo a tiempo completo en mejores condiciones.

Para finalizar y a modo de apostillar lo relacionado con el informe de impacto de la reforma laboral. En los contratos para la formación y aprendizaje se ha apreciado un aumento considerable, debido principalmente al aumento de la edad permitida para formalizar dichos contratos, de hecho el propio informe establece un 134% de aumento de la contratación de jóvenes entre 25 y 30 años. Llama la atención por otra parte que este tipo de contratación haya sido empleada en mayor medida en las zonas de España con mayor número de desempleados y por así decirlo menos “desarrolladas”, Andalucía y Extremadura encabezan el ranking en este aspecto, mientras que Madrid o País Vasco la incidencia es considerablemente menor; ¿podría ser que el uso de dicha contratación se limite a evidenciar las carencias formativas de dichas comunidades autónomas?, si fuera así hace especialmente relevante la importancia que tiene la formación e innovación en la tasa de empleo.

Tras haber reflejado la realidad estadística reflejada en el informe de impacto, no tiene mayor sentido seguir con él por ahora, saldrán a colación a lo largo de este trabajo algunas remisiones a dicho informe.

b) Desde otra fuente, en este caso internacional, desde informe de la OCDE se corrobora en principio la disminución considerable de los costes laborales unitarios, e incluso estima una caída aún mayor de los costes laborales para los próximos meses, entre un 1,2 y un 1,8%. El informe de la OCDE establece una comparativa de la contratación, entre los efectos producidos por la reforma y las estimaciones realizadas en caso de no haber sido realizada la reforma; no tiene demasiado interés hablar de

¹⁴.- La posibilidad de realizar horas extraordinarias, y demás medidas de complemento hacen de este tipo de contrato la forma barata de contratar en España, quizás se haya constituido como el “minijob” español, lo cual es una desvirtualización de este tipo de contratación.

¹⁵.- No hay que olvidar que casi el 93% de los contratos que se formalizaron fueron temporales, y un tercio a tiempo parcial; por lo que pese a una disminución nimia e incipiente de la contratación temporal, se puede llegar a pensar, que la contratación temporal cayó, no por los efectos de la reforma, sino por la especial y gravosa situación económica de 2012. Datos del MEYSS. La última Encuesta de Población activa o EPA, cifra que el 90% del total del número de contratos formalizados fueron contratos temporales, y un 5% a tiempo parcial.

suposiciones, pero hay que decir que la diferencia no es excesiva, en la actualidad apenas sería de un 1%, algo mayor en el diferencial de contrataciones indefinidas, lo que evidencia que la reforma no ha producido un excesivo impacto en la contratación. En definitiva el informe casi se limita a evidenciar la disminución considerable de los costes laborales unitarios, debido a las ya mencionadas contracciones salariales, «*the effect of the reform on internal flexibility and collective bargaining has played an important role in the recent contraction of unit labor costs*» ⁽¹⁶⁾

Entre las recomendaciones de la OCDE, que viene a ser la parte más sugestiva de todo el informe, se encuentra el aumentar el período de prueba para las demás fórmulas contractuales, de la misma forma que lo ha reducido el contrato de apoyo para emprendedores; una manera a mi juicio enmascarada de proponer el abaratamiento de los costes de salida hasta el coste cero. Otra propuesta es la convergencia entre los costes de despido existentes entre contratos temporales y los contratos indefinidos. Y finalmente, mejorar la integración y la transparencia en los planes activos de empleo, especialmente en el marco de los nuevos planes europeos, aprovechar concretamente el «*Youth Guarantee*» ⁽¹⁷⁾ de la Unión Europea para reducir las tasas de desempleo joven y de «*Neet, not in employment or education and training*» ⁽¹⁸⁾, así como mantener un alto nivel de servicios relacionados con los buscadores de empleo. ⁽¹⁹⁾

Para terminar esta foto fija que dibujan los informes acerca de nuestro mercado de trabajo, me gustaría mencionar la 2ª entrega del Observatorio de Seguimiento de la Reforma Laboral ⁽²⁰⁾. En primer lugar corrobora el avance que está teniendo el contrato a tiempo parcial, especialmente en empresas de más de 50 trabajadores. Prosigue mencionando que el porcentaje de empresas que no tiene planteado llevar a cabo medidas de ajuste disminuye, del 28 al 23,8%, con lo cual se aprecia un mantenimiento de las condiciones negativas de la demanda aún con la reforma en marcha. En lo relativo al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción establece que es la medida más utilizada, un 44% de las empresas encuestadas lo ha utilizado y tan sólo un 22,4% no lo han acompañado simultáneamente a otras medidas, lo cual pudiera ser una evidencia de lo sencillo que es llevar a cabo el despido por causas económicas. En cuanto al despido en general, establece que los despidos individuales son más comunes, cifrándolos en un 76% del total, y que tan sólo en el 10,6% de los casos se han abonado los 20 días tasados, siendo común que se pacte alguna cuantía superior, contradiciendo a la OCDE en pro a mi entender de la paz social y de la propia conciencia. El Observatorio concreta claramente la disminución de salarios en cerca del 10%, y en algo más de 10% la reducción de la jornada. Para finalizar un tercio de las empresas ha iniciado o piensa iniciar procedimientos para negociar convenios de empresa. ⁽²¹⁾

¹⁶.- Traducción del informe citado "El efecto de la reforma sobre la flexibilidad interna y la negociación colectiva ha jugado un papel importante en la reciente contracción de los costes laborales unitarios"

¹⁷.- Youth guarantee es un programa de la Unión Europea, que pretende que para los jóvenes de menos de 25 años no transcurran más de 4 meses sin recibir una buena oferta de empleo, aprendizaje profesional, o período en prácticas.

¹⁸.- Literalmente No en empleo o en educación, en España el término equiparable sería NINI, personas que ni estudian ni trabajan.

¹⁹.- La Unión Europea en el informe "*Neet's Young People not in Employment, Education or training: Characteristics, Costs and Policy Response in Europe*" Realizado por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo; Establece que el coste para la Unión Europea de no introducir a los jóvenes en el mercado de trabajo, sería de unos 153mil millones de Euros, tanto por el dinero ya perdido en su formación como por los impuestos y aportaciones que se dejarán de obtener.

²⁰.- OBSERVATORIO DE SEGUIMIENTO DE LA REFORMA LABORAL (2014, 3 de Febrero) "2ª Entrega de Resultados", Fundación Sargadoy Madrid.

²¹.- Este párrafo está extractando y citando la "2ª Entrega de Resultados" antes citada.

El especial interés de estos resultados es que se obtienen mediante una encuesta dirigida a varias empresas españolas, con lo cual, refleja concretamente la realidad directa de esas empresas, que por extensión podría ser ampliable al resto del empresariado.

3.- A modo de resumen, la situación del mercado de trabajo no es favorable para los trabajadores pese a los esfuerzos realizados o las medidas introducidas; parece ser que los modos de operar siguen siendo a grandes rasgos los mismos, lo cual pudiera deberse a la forma de construcción de la reforma: quizás de haber sido pactada las medidas introducidas de flexibilidad interna se utilizarían como verdadera alternativa al despido. Las reformas laborales según su tendencia política tienen normalmente motivaciones diferenciadas, pero, aún con esas diferencias, todas ellas comparten un objetivo generalizado, alterar de una u otra forma el mercado de trabajo, cosa que no han parecido conseguir nunca; así que de poco serviría hablar de la flexibilidad como un ente etéreo, como algo que pasa volando y en su vuelo arregla las fatalidades empresariales, y por ende laborales, sin entender que el mercado de trabajo español parece encontrarse en situación de liquidación o de rebajas por la ausencia de demanda.

4.- Una vez establecido el “breve” resumen estadístico, ofrecido por tres informes de organismos bastante diferenciados, es hora de plantearse las diversas preguntas que considerará este trabajo. Por un lado la más importante y la más básica de todas es ¿Qué es la Flexibilidad?; una pregunta que conlleva el mayor sentido filosófico-económico del término, es una realidad que merece la pena ser descrita al detalle pero que a su vez parece ser imposible de definir completamente quizás porque se mal usa para definir demasiadas cosas; este trabajo intentará, en la medida de lo posible, desarrollar un concepto que englobe todos sus efectos y consecuencias laborales, lo que llevará a plantear y tratar con antelación a la formulación del concepto la siguiente pregunta ¿Qué medidas, relativas al mercado de trabajo, han sido adoptadas en España con vistas a lograr la Flexibilidad de las Relaciones Laborales, y que repercusiones han tenido?, sobre esta pregunta girará una buena parte del trabajo; sería muy difícil llegar a acotar el concepto de Flexibilidad sin tener en consideración que cuestiones contribuyen a flexibilizar las Relaciones Laborales, pero debido a lo especialmente fecundo que ha sido el Estado adoptando medidas tendentes a la Flexibilidad va a constituir una extensa parte del trabajo. Y para finalizar, la última gran pregunta que cabría plantearse sería, ¿Hacia dónde nos lleva la senda de la Flexibilidad? Alguno sería capaz de deducir que a emigrar, bueno, habría que analizar las implicaciones que también tiene a nivel europeo, y las posibles consecuencias que llegue a tener para algo tan frágil como el Estado de Bienestar Socialdemócrata.

En definitiva y para terminar la introducción podría decirse que el futuro que ya atisbamos se presenta como una realidad especialmente amplia, especialmente compleja, y especialmente desconocida, y la Flexibilidad aún más.

2.- FLEXIBILIDAD DE CARÁCTER INDIVIDUAL:

La Flexibilidad de carácter individual engloba aquellas medidas que el empleador puede llevar a cabo sobre los trabajadores individualmente considerados.

2.1. FLEXIBILIDAD DE ENTRADA

Podría definirse la Flexibilidad de entrada como el conjunto de medidas orientadas a la contratación, generalmente formas contractuales novedosas o modificaciones de las ya existentes. Habría que hacer especial hincapié en El Contrato Para Emprendedores ⁽²²⁾, en la nueva dinámica del Contrato a Tiempo Parcial ⁽²³⁾, en el Contrato Para la Formación y el Aprendizaje ⁽²⁴⁾, y finalmente en las diferentes modificaciones en la contratación. ⁽²⁵⁾

2.1.1. La nueva forma de contratación: El Contrato de Apoyo Para Emprendedores.

1.- El contrato de Apoyo Para Emprendedores se presentaba como el gran símbolo de la contratación en la reforma laboral del año 2012, de hecho no es una reforma que se caracterice precisamente por la innovación en los modelos de contratación, y por tanto la aparición de esta nueva forma de contratación resulta especialmente destacable. La Ley 3/2012 de Medidas Urgentes Para la Reforma del Mercado Laboral contiene, en su artículo 4º, la regulación concreta inicialmente introducida por el Real Decreto 3/2012 sobre el Contrato Indefinido de Apoyo a Emprendedores (en adelante CIAE). Resulta cuanto menos curioso que la propia norma se muestre por un lado tan escueta en la regulación del contrato, y sin embargo por otro se muestre especialmente generosa en cuanto a los beneficios recibidos por su utilización.

En la norma se definía este tipo de modalidad como, un contrato indefinido a jornada completa solo utilizable por empresas de menos de 50 trabajadores, que deberá formalizarse por escrito en el modelo establecido ⁽²⁶⁾ siendo ésta condición “sine qua non” para adquirir su especialidad, la cual es la imposición legal de un período de prueba de un año en cualquier caso. Sorprende a primera vista que la única peculiaridad de este tipo de contrato sea que durante un año el trabajador se encuentre en período de prueba, sorprende porque pudiera parecer una forma algo sui generis de contratación indefinida, ya que la diferencia que presenta en sí misma es la facilidad de finalizar la relación laboral en los 12 meses siguientes a la contratación, algo de por sí contrapuesto a su descrito carácter indefinido; tendría más sentido si se entendiera como una forma de contratación temporal mal encubierta. Este contrasentido ha llevado a algunos a ver en este tipo de contrato una forma de contratación temporal; citando a Miguel Rodríguez-Piñero Royo «*La desnaturalización de la figura de la prueba es evidente; como lo es también que se trata de un intento de ocultar una nueva modalidad contractual temporal*» ⁽²⁷⁾

Por tanto, si la única modificación introducida a un contrato indefinido ordinario es un período de prueba exorbitado que facilita la extinción de la relación laboral sin costes de salida, ¿Cómo se explica que la tasa de supervivencia superior al año sea de un 70% mencionada en la introducción?; prosiguiendo la lectura de la norma una posible explicación la encontraríamos en los apartados siguientes del artículo 4º, ya que

²².- Artículo 4 de la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

²³.- Artículo 5 de la Ley 3/2012 de 6 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Y Real decreto ley 16/2013, posterior Ley 1/2014 de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

²⁴.- Artículo 2 de la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

²⁵.- Como pueden ser el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa o el contrato primer empleo joven.

²⁶.- Modelo establecido por el SEPE, donde se prevé una cláusula de 1 año de duración del período de prueba. La nueva redacción legal del CIAE parece obviar con intención el modelo establecido. La nueva redacción dada por el RDL 16/2013 de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, establece que se formalizará por escrito sin referencia a los modelos existentes, con lo cual el requisito formal se ha relajado.

²⁷.- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2013, Diciembre) «*El nuevo marco para la formación, contratación e inserción laboral*» Revista Relaciones Laborales Nº12, Sección Monografías. Editorial LA LEY. Página 49.

contienen una gran cantidad de incentivos fiscales y bonificaciones por su utilización, que he de decir no son nada desdeñables.⁽²⁸⁾

Por tanto, el CIAE, parece haberse constituido como un contrato de utilización mixta, por un lado como contrato temporal sin costes de salida, y por otro lado como un contrato indefinido especialmente subvencionado, todo ello sin que su uso haya resultado notoriamente significativo aun cuando ha sido dirigido al 99.25% de las empresas españolas, PYMES (datos del INE.).

En unión al difícil encaje con las doctrinas establecidas sobre el periodo de prueba, por su excesiva duración, se le ha reconocido recientemente al CIAE la capacidad para ser realizado a tiempo parcial, intentando de esta forma hacerlo más atractivo, y por otra parte abrir las bonificaciones a los contratos a tiempo parcial que parecen ser el boom del momento, eso considerando boom el 5% de la contratación cuando los contratos temporales alcanzan el 90% (EPA). Quisiera mencionar que en relación a este contrato pareció darse cierto alarmismo en el momento que surgió la reforma, pero poco a poco y viendo su escasa incidencia se ha ido desinflando hasta el punto de ser casi anecdótico, sobre todo si lo comparamos al número de contratos temporales puros que se realizan actualmente en España ⁽²⁹⁾.

Tomando como referencia a Joaquín Pérez Rey ⁽³⁰⁾, «Mediante un dilatadísimo período de prueba que sumerge el contrato en un mar de precariedad, muy por encima incluso de nuestras experiencias contractuales más descausalizadas como el viejo contrato temporal de fomento del empleo y, desde luego, más allá de las modalidades del artículo 15 ⁽³¹⁾ET, que pueden empezar a “quedarse cortas” frente a las posibilidades que ofrece el CAE, eso sí, exclusivamente en las empresas de reducidas dimensiones desde el punto de vista de la plantilla». En primer lugar habría que mencionar que la implantación del CIAE se ha quedado tan corta como extensa es la utilización de las formas tradicionales que recoge el artículo 15 del ET; y en segundo lugar que parece ser que el CIAE, asombrosamente ⁽³²⁾, se está constituyendo como un contrato más indefinido que temporal, en la medida que las estadísticas corroboran que un 70% sobrevive a los 12 meses de vida, dejando durante el inicio de su aplicación sin efecto alguno el período de prueba claramente desnaturalizado. Lo cual demuestra a mi juicio, por un lado el desconocimiento de los gestores de recursos humanos de esta forma de contratación; y por otro lado del empecinamiento de los contratos temporales por pervivir aun existiendo contratos más favorables que pudieran realizar sus funciones. En conclusión ninguna reforma contractual va a lograr cambiar las fluctuaciones contractuales del mercado laboral español ya que estas derivan del sistema productivo que en España sigue siendo mayoritariamente temporal, o estacional.

²⁸.- Entre los beneficios que establece la norma podemos citar: una deducción fiscal de 3000€; una deducción del 50% de la prestación por desempleo que al trabajador le quedase por percibir; ambas unidas a la bonificación de contratación de colectivos concretos, que puede alcanzar los 1500€ año durante tres años. Estos beneficios exigen para su no devolución que el trabajador esté contratado durante al menos 3 años.

²⁹.- Según la última EPA el 90% (unos 14 millones) de nuevos contratos son temporales (entre Contrato por Obra o Servicio, Eventual por las circunstancias de la producción, y de interinidad), frente a apenas los 100.000 CIAE, por lo que su utilización como forma de contrato temporal ha sido muy limitada, y ciertos planteamientos algo alarmistas parecían teóricamente viables pero la realidad los ha limitado notablemente.

³⁰.- PÉREZ REY, J. (2012) “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo” Revista de Derecho Social nº 57” La Reforma Laboral”. Editorial Bomarzo. Página 51.

³¹.- Se refiere al Contrato por Obra o Servicio, al Contrato Eventual por las Circunstancias de la Producción, y al Contrato de Interinidad.

³².- No tendría explicación alguna de no existir suculentos beneficios por la utilización, durante 3 años, de esta modalidad contractual.

Sin embargo Pérez Rey realiza un planteamiento muy interesante contenido en lo siguiente «*La apelación al empleo estable, omnipresente en todas las reformas laborales que vienen sucediéndose en nuestro país al menos desde 1997, se ha convertido, por extraño que resulte, en un elemento depredador de las garantías laborales*». La verdad que entrañan puede ser brutal, ya que podría llevar a pensar que no se puede conseguir el pleno empleo sin tener unas altas cifras de pobreza, que parece existir una especie de elección social entre pobreza o el desempleo. Podríamos incluso encontrar una justificación de ese aserto en la reciente utilización del contrato a tiempo parcial como contrato precario, cosa que trataremos más adelante; asistiríamos por tanto a un proceso de transformación hacia la peor calidad en el empleo en la búsqueda incesante del propio empleo, algo que ciertamente constituye una paradoja sin demasiado sentido. En conclusión, el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores presenta un complejo encaje en las normas laborales previas, desvirtuando el periodo de prueba y generando grandes bonificaciones en favor de las empresas; y todo ello para constituir en esencia un contrato indefinido de escaso uso y que parece tener más interés en esos beneficios fiscales que en su utilización como contratación temporal, habiendo sido mucho más sencillo establecer tales beneficios al contrato indefinido ordinario sin ahondar en cuestiones tan farragosas como un sobre extendido periodo de prueba.

2.- Una de las cuestiones más interesantes y recientes, desarrollada en Diciembre de 2013, es la posibilidad de realizar el CIAE en su modalidad como contrato a tiempo parcial. El Real Decreto Ley 16/2013, a través de su artículo 2, introduce tal posibilidad, haciendo sin lugar a dudas de este contrato una de las modalidades más atractivas para el empresario. Por un lado le va a permitir beneficiarse proporcionalmente a las horas pactadas de los beneficios fiscales asociados al CIAE; y por otro lado le permitirá beneficiarse de la flexibilidad propia que presenta el contrato a tiempo parcial actual, y que veremos en el siguiente apartado.

Una de las posibilidades incluidas en el CIAE es la compatibilidad de esta forma de trabajo con el percibimiento de la prestación por desempleo contributivo, tal compatibilidad se cifra en hasta un 25% en el caso de trabajadores a tiempo completo; este régimen de compatibilidad permite que un trabajador contratado a tiempo completo se beneficie de compatibilizar el 25% de su desempleo contributivo con el salario. Detrás de esto a mi juicio existe un reconocimiento por parte del legislador de la precarización actual de los salarios, ya que de no ser así lo que habría aquí es una utilización no muy legítima de una prestación de seguridad social, la cual por cierto desde ciertos sectores quiere vincularse irreversiblemente a la búsqueda activa de empleo, pero que sin embargo a esos mismos sectores les permite reducir el salario ofertado, puesto que un 25% de prestación complementará los salarios que ofrezcan. En todo caso la compatibilidad es voluntaria, y siempre y cuando no haya percibido toda la prestación podrá regresar a ella al ser despedido; para recibir ese 25 % hay que solicitarlo en 15 días desde el inicio de la prestación de trabajo, en caso de no solicitarlo se mantendrá intacta hasta el fin de la relación laboral. Un elemento de crítica a la compatibilidad es que ese 25% está exento de cotizar a la seguridad social, en condiciones normales el desempleo si cotiza a la seguridad social con lo cual se impone un perjuicio a la seguridad social añadido al perjuicio de pagar desempleo a alguien que trabaja, que solo por la denominación ya debería sonar extraño.

Sin duda, los cambios introducidos en Diciembre de 2013 a esta forma contractual la han hecho mucho más atractiva, y su uso ha ido en aumento, al combinar eficientemente una forma de contratación muy bonificada con una forma de contratación flexible, o precaria según se mire. Podría llegar a decirse que este tipo de contratación se ha convertido en un contrato unitario en la medida que puede ser

empleado como contrato parcial, indefinido, o incluso temporal sin mayores trámites ni dificultades, englobando casi todas las posibilidades contractuales de nuestro ordenamiento.

3.- En conclusión, el CIAE parece querer situarse como la forma contractual definitiva, súper bonificada, con altas dosis de flexibilidad de salida, y ahora al fusionarlo con el contrato a tiempo parcial, con altísimas dosis de flexibilidad horaria y de jornada, con el objetivo quizás de tener una experiencia de ciertos elementos que podrían distorsionar la lógica contractual española de los últimos 30 años. Aunque haciendo de adivino, no creo que sea posible que el mercado laboral español sustentado sobre el factor turismo sea capaz de generar empleo que no sea temporal en las mismas tasas que genera empleo temporal, quizás sería más interesante abandonar la idea del contrato indefinido y los juegos para fomentarlo, y si lo que se pretende es hacer un sistema flexiseguro ahondar en los contratos temporales y en la protección de éstos, unidos siempre a la formación y a la protección de seguridad social así como a la reinserción laboral cuasi inmediata del trabajador desempleado.

3.1.2. Las nuevas dinámicas de contratación con los Contratos a Tiempo Parcial

Los contratos a tiempo parcial son de los pocos contratos que han crecido apreciablemente en los meses posteriores a la reforma de 2012, la razón principal de este crecimiento podría deberse a la necesidad de mano de obra adaptable a la situación inestable de la empresa, que unida a una remuneración variable en función de las horas ordinarias y complementarias convierten a este tipo de contrato en el más flexible que presenta el ordenamiento jurídico actual. La presencia de las horas complementarias y la aceptación inicial de las horas extraordinarias, contenida en el artículo 5 del Real Decreto Ley 3/2012, hacía de este contrato una herramienta flexible en todas sus posibilidades, de tal manera que el empleador decidía con escaso preaviso cuando y como se desarrollaría la prestación de trabajo; a esto había que añadir un impracticable control financiero de las cotizaciones por horas extraordinarias por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social. Por si fuera poco esa posibilidad de compensar horas extraordinarias con descanso hacía que en cierta forma el pago de tales horas fuese retribuida pro futuro, con los perjuicios que puede llegar a suponer eso para el trabajador, beneficiando por contra a la parte empleadora que podía posponer el pago del trabajo realizado a descansos posteriores ganando tiempo. Y por si todo lo anterior no fuera suficiente la inclusión de la distribución irregular de la jornada anual lo flexibilizó aún más de tal manera que realizó un círculo perfecto de contratación flexible alrededor de este contrato.

El artículo 5 de la Ley 3/2012 resultaba bastante escueto, de hecho se limitaba a modificar la redacción del apartado 4 del artículo 12 del ET incluyendo básicamente la posibilidad de realizar horas extraordinarias. Esta posibilidad de realizar horas extraordinarias fue eliminada a través del Real Decreto Ley 16/2013⁽³³⁾ en su artículo 1 de una manera tan escueta como su introducción; aunque más que eliminada podría decirse que fue transmutada en la posibilidad de realizar horas complementarias voluntarias, y a su vez por un aumento de los porcentajes máximos iniciales que presentaban las horas complementarias, que no dejan de ser una especie de horas extraordinarias algo más reguladas y bien registradas de cara a la cotización de las mismas.

³³.- A través del cual se elimina, además, la modificación anteriormente introducida en la Disposición Adicional Séptima de la Ley general de Seguridad Social, relativa a las normas aplicables a la cotización de esas horas extraordinarias del trabajador a tiempo parcial.

En efecto parecía excesivo mantener la posibilidad de realizar horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial, tal y como estaba construido, pero en realidad la motivación para la revocación casi inmediata nace de la necesidad de mayor y mejor control de la recaudación de las cotizaciones de dichas horas, y no de que pudiera resultar excesivo un tipo de contrato tan marcadamente flexible, donde la retribución del trabajador y la conciliación de su vida familiar y laboral, en gran medida, quedan sometidas al arbitrio del empleador y de los ciclos propios de la demanda.

En la redacción actual del Estatuto de los Trabajadores se aprecia que tal eliminación ha tenido ciertos efectos. En primer lugar una vez desaparecida la opción de realizar horas extraordinarias vemos que el contrato a tiempo parcial presenta la posibilidad de realizar un pacto entre trabajador y empleador de horas complementarias de obligado cumplimiento que puede ser de entre el 30% y el 60% ⁽³⁴⁾ de la jornada ordinaria pactada, porcentaje que amplía sus límites primigenios. En segundo lugar se incluye la presencia de otras horas llamadas complementarias de carácter voluntario, cuyo incumplimiento no constituye conducta laboral sancionable ⁽³⁵⁾ y que oscilan entre el 15% y el 30% de la jornada ordinaria pactada, que dejan de ser una reformulación de las horas extraordinarias iniciales alteradas para ejercer un mejor control por parte de la Seguridad Social a efectos recaudatorios pero sin perder las cualidades que otorgaban las horas extraordinarias. «*Realmente si se reflexiona sobre esta nueva versión de horas complementarias, no dejan de ser horas extraordinarias con otra denominación pese a haberlas insertado dentro del régimen jurídico de las horas complementarias*» ⁽³⁶⁾.

En la actualidad un contrato a tiempo parcial puede complementar sus horas de trabajo ordinarias entre un 45% y un 90%, si bien es cierto que se ha limitado y estructurado mejor la realización de horas superiores a la jornada ordinaria. La otra cuestión que se desprende es que se puede conseguir un trabajador a tiempo casi completo, y es ahí donde radica el notable interés por esta fórmula contractual, en ese amplio margen de variación del número de horas que puede llegar a realizar un trabajador a tiempo parcial para responder a la demanda.

No cabe duda de que el contrato a tiempo parcial ha crecido en uso desde la reforma de 2012, cosa que demuestran las estadísticas, y no solo su uso como forma de contratación sino también a través de la transformación de otros contratos. La razón entra en colisión con aquello que ya mencionábamos antes, precariedad y empleo, parece una dicotomía propia de los tiempos que vivimos, un mal endémico de Europa, como si los únicos puestos que se pudieran generar fueran temporales o precarios, o precarios temporales, con sus sintomáticas y propias consecuencias, y esta dicotomía parece estar llamada a dominar el mercado laboral español. La fuerza y proliferación del contrato a tiempo parcial parece explicarse por la reducción de costes que supone la flexibilidad de las horas de trabajo, el cual permite un mayor control del gasto laboral y del propio trabajador. A través del manejo de las horas realizadas el empleador puede no solo responder ante demandas imprevistas sino también controlar mejor el gasto, de acuerdo a los períodos de demanda y a la distribución irregular de la jornada que mejor le beneficie.

En conclusión a través de esta modalidad se precariza la prestación de servicios, la cual queda en una especie de limbo no definido donde todo queda dentro de los límites legales al arbitrio del empleador. Este tipo de contratación flexibiliza la jornada y su desarrollo, y unido a la distribución irregular de la jornada permite hacer

³⁴.- Podrá llegar hasta el 60% en función de la negociación colectiva plasmada en el convenio de aplicación.

³⁵.- Que no constituya conducta laboral sancionable no significa que no puedan existir otro tipo de represalias, que no sean los legales, por la no realización de dichas horas que se presuponen voluntarias.

³⁶.- FERNÁNDEZ ORRICO, J. (2014, Febrero) «*Comentarios a las medidas de mejora en la empleabilidad y estabilidad de los trabajadores, contenidas en la RDL 16/2013, de 20 de diciembre de 2013*» Relaciones Laborales Nº 2, Sección Legislación. Editorial LA LEY.

malabarismos con las horas del trabajador para adecuarlo a las necesidades empresariales.

Contrato a tiempo parcial en su forma orientada al empleo juvenil.

1.-Una de las formas de funcionar del contrato a tiempo parcial es como complemento a la formación, no deja de ser un tipo de contratación que deja en principio más tiempo para el estudio u otras cuestiones familiares. Partiendo de ese aspecto formativo, a través del Real Decreto Ley 4/2013 tramitado a día de hoy como Ley 11/2013, se introduce una especie de modalidad anexa al contrato a tiempo parcial, el **contrato a tiempo parcial con vinculación formativa**.

«*Contrato a tiempo parcial al que a cambio de introducir elementos de formación se le incorporan una serie de incentivos económicos*»⁽³⁷⁾ tales incentivos son una reducción de la cuota empresarial de la Seguridad Social por Contingencias Comunes del 100%, o del 75% en caso de que la empresa tenga 250 trabajadores o más, siendo prorrogable durante otros 12 meses en caso de que el trabajador siga compatibilizando este tipo de contrato con la formación. «*Deberán compatibilizar el empleo con la formación o justificar haberla cursado en los seis meses previos a la celebración del contrato [...] no teniendo que estar vinculada específicamente al puesto de trabajo[...] podrá ser formación acreditable oficial*» Es por tanto un tipo de contrato orientado hacia los jóvenes, de hecho solo puede ser celebrado con desempleados menores de 30 años que carezcan de experiencia, o sean desempleados de larga duración⁽³⁸⁾, o que carezcan de título oficial de enseñanza obligatoria o Formación Profesional o de certificado de profesionalidad, siendo obligatorio que sean menores de 30 y cumplan una de las otras condiciones.

«*La jornada pactada no podrá superar el 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable*»⁽³⁹⁾ de ser mayor esa vinculación formativa carecería de efecto, se rompería por tanto el objetivo que persigue este tipo de modalidad de contratación y las bonificaciones perderían su significado. Este tipo de contratación parece una de las formas, junto con las que veremos a continuación, con las que el legislador pretende fomentar el empleo joven, a costa de la Seguridad Social; sin embargo el ámbito joven al que puede alcanzar este tipo de contrato es bastante limitado, ya que requiere no tener experiencia ni título de educación obligatoria, o ser desempleado de larga duración. Sin duda este tipo de contrato parece estar dirigido a jóvenes universitarios que están desarrollando sus estudios, quizás puesto que las becas cada día son menores pueda ser la forma que el legislador encontró de promover el acceso a la educación postobligatoria. En conclusión es una simple forma de contratación precarizada para jóvenes que se encuentren realizando sus estudios, irónica forma de suplir el descenso del gasto público en becas.

2.- Otra de las medidas que el legislador ha encontrado para fomentar el empleo juvenil es la instauración del **contrato primer empleo joven**, en realidad no puede llamarse realmente contrato ya que en esencia lo que hay detrás es como una especie de pasantía trimestral, o máxime semestral, donde no existe un objeto puro del contrato más allá de dar empleo temporal sin tener en cuenta las necesidades laborales empresariales, de modo que un joven pueda adquirir su primera experiencia contractual. Lo que a mi juicio es un apadrinamiento solidario de un joven desempleado por parte de las empresas se constituye como una forma de contratación

³⁷.-RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2013) Op. Cit. Página 47.

³⁸.- La norma establece aquellos que hayan estado 12 meses desempleados en los 18 meses anteriores a la contratación.

³⁹.- Se entenderá por trabajador a tiempo completo comparable, a un trabajador a tiempo completo en la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un idéntico trabajo o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación, o en su defecto, la jornada máxima legal. Artículo 12.1 del Estatuto de los Trabajadores.

temporal, cuya única causa es la adquisición de experiencia por parte del trabajador contratado «*Contrato temporal para el fomento del empleo [...] cuya causa no es la temporalidad de la necesidad de mano de obra de la empresa, sino la presencia de jóvenes necesitados de una oportunidad de trabajar*»⁽⁴⁰⁾. En mi opinión sorprende la presencia de este tipo de contrato de apariencia “caritativa”, ya que no sería imaginable tal contrato para otros colectivos que igualmente han sufrido altas tasas de desempleo, o especiales dificultades para el acceso al empleo; además queda totalmente ensombrecido por la existencia de las becas-prácticas profesionales no remuneradas que a día de hoy es la forma más común para miles de jóvenes de acceder a la primera experiencia laboral.

En conclusión estamos ante una pseudocontratación temporal e inútil, al no garantizar ningún tipo de pervivencia del trabajador en la empresa, ni siquiera un compromiso de prueba, y sin preocuparse eficazmente del aprendizaje efectivo del joven durante el tiempo de prestación de servicios, ya que carece de proyección de futuro.

3.1.3. Formación y Práctica.

Otro de los cambios orquestados en las reformas de 2012 fue la nueva redacción que se le dio a los contratos enfocados en la formación y el aprendizaje. Parece que uno de los aspectos en los que las reformas quieren incidir es en la formación como último baluarte del derecho del trabajador, ya se reconoce el derecho a la formación e incluso en la exposición de motivos se referencia que se apuesta por «*una formación profesional que favorezca el aprendizaje permanente de los trabajadores y el pleno desarrollo de sus capacidades profesionales*»⁽⁴¹⁾ para conseguir esa formación continua la reforma incluye aspectos formativos en cuestiones como «*Los trabajadores tienen derecho a [...] la promoción y la formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo*»⁽⁴²⁾ y por si el reconocimiento del derecho a adaptación a las modificaciones del puesto no fuera suficiente introduce medidas más concretas, tales como considerar esa formación tiempo de trabajo efectivo y realizarse a cargo de la empresa, además de otras cuestiones como por ejemplo el crédito de 20 horas anuales de formación.

Dentro de ese afán por encontrar en la formación una justificación suficiente a la flexibilidad instaurada, el legislador ha modificado los contratos formativos de la forma siguiente, “*Las modificaciones en el régimen jurídico de esta figura (Referido al Contrato para la formación y el aprendizaje) Han ido en una doble dirección:*

-Por un lado, facilitar el cumplimiento de las obligaciones formativas, para hacerlo un instrumento contractual más atractivo para las empresas

-Por otro, ampliar el abanico de personas que pueden ser contratadas por esta vía.» «*Se pretende [...] hacer de éste el contrato ordinario para la contratación de jóvenes.*»⁽⁴³⁾ Para ello la reforma de 2012 amplió la duración máxima hasta 3 años pudiéndose realizar la formación en la misma empresa, además el trabajo efectivo se amplió hasta el 85% en los años 2 y 3 del contrato permitiendo de esta forma más

⁴⁰- RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, M. Op. cit. página 50.

⁴¹- Esta frase concreta parece directamente extraída de las teorías neoliberales instauradas por Gary S. Becker, concretamente en cuanto a la figura de “el Capital Humano”, algo que aunque parezca constantemente presente en las últimas reformas, éstas están bastante alejadas del significado global del Capital Humano, pues de facto tratan al trabajador como un coste a reducir, y no como el centro de la actividad productiva de la empresa y que como tal debe actualizarse, formarse, y por tanto mejorarse.

⁴²- Artículo 4.2.b del Estatuto de los Trabajadores.

⁴³- RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, M. (2013) Op. Cit. página 46.

libertad a la empresa para el uso de esta modalidad, y no sólo eso ya que se ampliaron los porcentajes de trabajo de manera que el trabajador obtendrá menos formación en el año 2 y 3 el contrato. Hay que tener en cuenta que el contrato para la formación y el aprendizaje podrá realizarse con menores de 30 años hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%; con lo que se amplían mucho los márgenes para la utilización de este tipo de contrato. Si observamos el progreso de la edad máxima para la concertación de estos tipos de contratos apreciamos que ha ido subiendo en función de la situación del desempleo ⁽⁴⁴⁾, siguiendo este camino y teniendo en cuenta las pocas expectativas existentes de creación de empleo, esta edad máxima podría volverse a aumentar, aún hoy quedan jóvenes de 50 años que bien podrían beneficiarse de este tipo de contrato.

El contrato en Prácticas está orientado a quienes ya tienen un título oficial Universitario o de Formación Profesional, siempre que no hayan transcurrido 5 años desde su obtención, no pudiendo exceder su duración de los dos años, y cuya retribución durante el primer año no puede ser inferior al 60% de lo establecido en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo puesto de trabajo, y del 75% durante el segundo. Sorprende que a través de una forma contractual que empeora los salarios se intente incentivar a la empresa a realizar unos contratos que a la propia empresa ya debieran interesar, pues resultan ser una inversión pro futuro en la formación de un trabajador, que enriquecería el propio Capital Humano de la empresa, evitando así el recurrir a costes de selección futuros para cubrir un puesto concreto.

Este tipo de contratos formativos tal y como están planteados pretende que el empresario opte por la formación adecuada y continuada del trabajador desde el inicio, sin embargo *«La experiencia de la utilización de los contratos formativos en estos últimos veinte años no ha sido muy satisfactoria. El contrato de formación no ha sido suficientemente utilizado como vía de inserción juvenil en el trabajo. No funciona como mecanismo de integración laboral en las empresas privadas sino que cuando el empresario interviene no siempre lo hace con la intención de formar para, después, aprovechar esta fuerza de trabajo formada en beneficio de la empresa, sino como trabajo precario y barato»*⁽⁴⁵⁾ y ese carácter de aprovechar el contrato formativo como forma de reducir costes, destruye en buena parte esa intención de potenciar el Capital Humano, parece ser que la intención de la norma no es la misma que la utilización de ella.

«El contrato en prácticas se perfila claramente como un contrato de inserción. Sin embargo, quizás por los costes laborales y de Seguridad Social que implica y quizás por las tenencias permanentes de “fuga del derecho del trabajo” es sustituido muchas veces por la figura de las becas que suelen encubrir en muchas ocasiones verdaderas relaciones laborales.»⁽⁴⁶⁾ A este tenor la STS 29 de Marzo de 2007 recurso 5517/2005 y la de 29 de mayo de 2008, recurso 4247/2006, establecen su licitud siempre que su contenido formativo sea esencial y su contenido laboral secundario, de manera que no encubran un contrato pleno de trabajo. Tales becas sufrieron un cambio de especial

⁴⁴.- Sin demasiados complejos en tan sólo 2 años se pasó a través de 3 reformas de 21 años a 30

⁴⁵.- LOPÉZ GANDÍA, J. (2012) “Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012” Revista de Derecho Social nº 57, “La Reforma Laboral”. Editorial Bomarzo. Página 86.

⁴⁶.- Ibídem página 87.

transcendencia a través del RD 1543/2011 de 31 de octubre por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas, alternativa a las prácticas contractuales para jóvenes que no hayan trabajado nunca, genera el derecho a una beca de apoyo del 80% del IPREM mensual y a la inclusión en el Sistema de Seguridad Social en consonancia con el RD 1493/2011. Abriendo el empleo a los jóvenes abrimos el camino al futuro, esta es una frase que el gobierno se ha molestado en anunciar en todos los medios de comunicación, pero, la cuestión relevante es hacia qué futuro se dirige nuestro camino, desde luego teniendo en cuenta las medidas “incentivadoras” del empleo joven parece que hacia uno en que los trabajadores jóvenes o emprenden o son “infraretribuidos”, algo bastante normal hoy en día.

En conclusión se pretende un sistema flexible y formativo, donde no se garanticen los puestos de trabajo pero sí que la formación te garantice encontrar un empleo, hoy en día es imposible pero eso no evita que se intente instaurar. Por otra parte es una simple modalidad para flexibilizar las condiciones de empleo de los jóvenes.

3.2. FLEXIBILIDAD INTERNA:

Por flexibilidad interna entendemos las distintas formas que se le reconocen al empresario para adaptar al trabajador a las condiciones y devenires de la empresa, por un lado a través de una organización diferente del trabajo, y por otro a través de la posibilidad que las reformas dan de poder alterar las condiciones iniciales del contrato a voluntad, siempre en presencia de las causas justificativas instauradas a tal efecto.

3.2.1 Trabajo a distancia.

Una de las más interesantes y modernas formas de organización del trabajo es el trabajo a distancia, la posibilidad de realizar el trabajo en el domicilio empezó a fomentarse con la mejora de los medios de comunicación; a día de hoy una buena cantidad de trabajos podrían realizarse con facilidad desde el domicilio con las ventajas que esto supone para el trabajador y para el empresario.

A raíz de la necesidad de regular este tipo de trabajo surge el artículo 6 de la Ley 3/2012 que modifica el artículo 13 del ET. En contraposición a casi todas las demás medidas introducidas por las últimas reformas, ésta venía a regular una institución que nuestro Derecho no cubría, y por tanto no vino a responder a una situación económica altamente negativa. Esta regulación por otra parte no parecía ser especialmente necesaria, en la medida que el uso de este tipo de modalidad de trabajo es y era bastante escaso; no generaba grandes problemas ese vacío en la regulación. «*Era una figura con una escasa incidencia práctica, a la que se estaba dando una respuesta adecuada desde la negociación colectiva y en la que en general no se habían detectado incumplimientos del derecho de la Unión Europea*» (Ya existía un acuerdo europeo sin implementar en el derecho interno español) ⁽⁴⁷⁾. Al existir ya una adecuada respuesta desde la negociación colectiva se explica que la regulación dada en el ET sea bastante somera, limitándose a definir qué se entenderá por trabajo a distancia «*Aquel 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*» (artículo 13 del ET.)

⁴⁷.-RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2013) Op. Cit. Página 50.

Lo importante a la hora de regular el trabajo a distancia estaba en la equiparación de derechos con el resto de trabajadores, retribución, formación, promoción, prevención de riesgos, y derechos de representación colectiva, y es que el trabajo a distancia en ningún caso debe llevar aparejada una disminución de los derechos laborales del trabajador; ya que con independencia del lugar de la prestación laboral sigue siendo un trabajador de pleno derecho de la empresa.

En conclusión, el trabajo a distancia permite la prestación sin necesidad de un centro de trabajo, fomenta la conciliación de la vida laboral y familiar la cual es la cara amable de la flexibilidad laboral.

2.2.2. Movilidad Funcional y Clasificación Profesional

1.- Una de los cambios mejor hilados del sistema en cuanto a la flexibilidad interna es la imposición legal de los grupos profesionales como forma de clasificación profesional, ampliando el margen a la hora de constituirlos y consecuentemente el número de funciones a realizar por cada trabajador; introduciendo de tal forma una mayor polivalencia, exigible a todos los trabajadores, y facilitando su movilidad, optando para su instauración por un imperativo legal *«se acude ahora a una imposición legal encaminada a simplificar la movilidad e intensificar su vertiente «unilateral». No puede negarse, de todas formas, que las sucesivas reformas ya desde la lejana del año 94 venían «incentivando» las clasificaciones profesionales por grupos profesionales y la desaparición de las categorías, «sugerencia» que no era acogida por un buen número de convenios»* ⁽⁴⁸⁾, ordenando adaptar la clasificación profesional a grupos profesionales en todos los convenios colectivos ⁽⁴⁹⁾.

Para entender la magnitud de lo que puede significar el cambio de sistema de clasificación profesional, *«La clasificación profesional viene a ser el mecanismo jurídico que conecta al trabajador con el conjunto normativo regulador de su nexo contractual: delimita a la prestación en principio exigible, confiere un tratamiento retributivo específico e incide en el tiempo de prestación del trabajo, en la duración del período de prueba, en la cotización y prestaciones del sistema de Seguridad Social y en el ejercicio de los derechos de representación colectiva»*⁽⁵⁰⁾ Tomando de referencia lo anterior entendemos la entidad que alcanza el sistema de clasificación profesional, en la medida que afecta a la práctica totalidad de la prestación laboral y de los derechos anexos a esta, como son los complementos salariales enlazados a ciertas categorías.

El nuevo sistema de clasificación profesional descarta ya y en todo caso la categoría profesional como forma de ordenación de la actividad profesional, *«Al desterrar a la categoría profesional como elemento clasificatorio, el grupo profesional ya no podrá incluir en su estructura diversas categorías profesionales, sino sólo “distintas tareas,*

⁴⁸. - IGARTUA MIRÓ, M.T. (2012) *“Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras la ley 3/2012 de 6 de julio”* Revista Aranzadi Doctrinal nº6/2012 parte Estudio. Editorial Aranzadi S.A

⁴⁹. - Sin que el legislador haya valorado la enorme dificultad de asumir convencionalmente un cambio tan radical

⁵⁰. - Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1993, de 18 de Enero. En este sentido se pronuncia, M^º de los Reyes Martínez Barroso con lo siguiente *«el sistema de clasificación profesional suele ser utilizado para vincular los elementos clasificatorios a distintas condiciones de trabajo, como pueda ser el salario, régimen de ascensos, etc., lo cual implica que el acuerdo contractual sobre la asignación al trabajador de un elemento clasificatorio no sólo marca el contenido de la prestación laboral, sino que también le atribuye una posición en la empresa o un status jurídico que conlleva otras condiciones laborales y marca los límites al poder empresarial en la especificación del trabajo a realizar»* Relaciones Laborales nº23, Diciembre 2012, Editorial La Ley.

*funciones, especialidades profesionales o responsabilidades” (Artículo 22.2. del ET)»⁽⁵¹⁾ Esa mención a las responsabilidades parece tener una concepción más jerárquica, de la clasificación profesional que de una clasificación basada en las funciones o las tareas, en realidad lo que parece pretenderse con los grupos profesionales más que un cambio de criterio a la hora de clasificar a los trabajadores es conseguir una agrupación algo más holgada que permita a grandes rasgos trabajadores más móviles, no tan fijados en la limitada categoría; alejándose así de las previsiones de movilidad funcional que prevé el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, pero permitiendo igualmente que el trabajador realice tareas que en la negociación colectiva se hayan considerado homogéneas, encuadradas en el mismo grupo. Por ello «*el trabajo convenido, adquiere nuevas dimensiones y mayor es por tanto la obligación de la prestación laboral.*»⁽⁵²⁾, ampliando así el objeto del contrato de trabajo, al consistir éste en una prestación de servicios más amplia que la convenida inicialmente.*

Como ha señalado la doctrina «*La solución legal puede ser susceptible de crítica por un doble motivo. Primero, porque no se retribuye la realización de funciones no prevalentes de grupo superior (si el trabajador dedica menos tiempo a lo largo de su jornada a las funciones del grupo superior será retribuido conforme al salario del grupo inferior que le ha sido asignado); y segundo, porque abre la puerta al fraude empresarial, posibilitando la cobertura de puestos de trabajo de superior grupo a través de trabajadores polivalentes que dedican menor tiempo de trabajo durante la jornada a las funciones de dicho grupo superior. En todo caso, tales críticas pueden salvarse teniendo en cuenta que la retribución específica de la polivalencia funcional suele pactarse en la negociación colectiva o en el propio contrato de trabajo mediante un complemento salarial.*»⁽⁵³⁾. Desde una visión algo más positiva M^a de los Reyes Martínez Barroso advierte sobre las posibles críticas a la clasificación por grupos, que según la autora quedarían salvadas por la negociación colectiva; sin embargo no hay que olvidar que la reforma permite por un lado la primacía del convenio de empresa sobre la retribución, la cual incluye el complemento salarial por polivalencia; y por otro lado habría que matizar que el empleador sigue teniendo la facultad de inaplicar diversos elementos del convenio; es por tanto una salvaguarda escasa la que ofrece la negociación colectiva en la medida que puede sortearse con bastante facilidad a través de las diferentes herramientas introducidas por las reformas, siempre y cuando las circunstancias lo permitan. Por todo ello tales críticas son perfectamente posibles, y además en ambos casos se genera un perjuicio retributivo hacia el trabajador reduciendo los costes laborales por la flexibilidad de tareas.

De todas formas hay que mencionar que la clasificación por grupos conviviente con la categoría había venido dándose en la negociación colectiva durante los últimos años, «*la supresión de la categoría profesional como criterio de encuadramiento profesional no hace otra cosa, en realidad, que tomar nota de una práctica negocial muy*

⁵¹. - VALDÉS DE LA VEGA, B. (2012) “*El nuevo espacio de la flexibilidad interna funcional*” Revista de Derecho Social nº57 “La Reforma Laboral”. Editorial BOMARZO. Página 117.

⁵². - Ibídem página 122.

⁵³. - AGUILERA IZQUIERDO, R. (2012, Diciembre) “*Clasificación profesional, movilidad y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*” Relaciones Laborales nº23. Editorial La Ley. Página 134.

extendida, que ya venía utilizando el grupo profesional como predominante módulo de clasificación profesional» ⁽⁵⁴⁾.

2.- Pero las reformas no se han limitado sólo a modificar el sistema de clasificación profesional sino que también ha transformado apreciablemente el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, referente a la movilidad funcional, *«Se redacta ahora en términos generales de aplicación a cualquier tipo de movilidad y al hacerlo se evita utilizar la palabra “limitaciones” anteriormente presente. Ahora la movilidad funcional se efectúa “de acuerdo” a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral –lo cual puede ser una cuestión de orden público insalvable-, y por la dignidad del trabajador.»* ⁽⁵⁵⁾; esto significa que los límites de la movilidad funcional aumentan aún más marginados únicamente por la capacidad académica o profesional y por la dignidad del trabajador, cuestiones constitucionalmente protegidas.

La nueva redacción del artículo 39.2 del ET, permite la movilidad funcional con independencia de si son tareas de un grupo superior o inferior siempre que sea para responder a problemáticas técnicas u organizativas, dejando por tanto al empresario mayor margen de flexibilidad. Hay que entender que la redacción anterior era mucho más restrictiva, especialmente con la movilidad funcional descendente, cuya única motivación posible eran necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva. Todo ello se refleja en lo siguiente *«El artículo 39 ET ha alterado notablemente el equilibrio de las partes ampliando la capacidad unilateral empresarial para ordenar los cambios funcionales no incluidos en el pacto contractual. [...] El legislador adopta dos medidas: modificar las causas que legitimen la decisión del empresario y rebajar la protección del derecho básico de los trabajadores reconocido en el artículo 4.2.b) ET.»*⁽⁵⁶⁾.

En otro sentido se altera el equilibrio por unas causas ajenas a las que motivaron el contrato, ensalzando notoriamente el poder de dirección del empresario, al cual se le reconoce un ius variandi de las condiciones iniciales del contrato, es decir puede movilizar al trabajador a tareas inferiores siempre que concurren causas organizativas o técnicas con la sola limitación de por el tiempo imprescindible, término muy poco o nada concretado, aunque atendiendo a los periodos que dan derecho a solicitar el ascenso podría llegarse a entender que tiempo imprescindible podría asemejarse a lo establecido para solicitar dicha promoción, es decir 6 meses en un año u 8 meses en dos. Con esta posibilidad el trabajador queda en cierto limbo prestacional donde debe estar dispuesto a realizar todas aquellas tareas para las que sea apto en función a sus

⁵⁴.- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2012, Agosto) *“Flexibilidad interna en la Ley 3/2012”* Relaciones Laborales Nº 15-18. Editorial LA LEY.

⁵⁵.- VALDÉS DE LA VEGA (2012) Op. Cit. Página 123.

⁵⁶.- Ibídem página 123: como la autora no explica como concretamente afecta a los derechos del trabajador, traigo a colación un artículo de M^a de los Reyes Martínez Barroso *«desaparece la referencia a la formación y promoción profesional como límite a la movilidad funcional. El derecho a la formación profesional constituía límite de difícil interpretación, que generalmente había sido entendido referido a los derechos establecidos en el art. 23 ET, así como al derecho a la ocupación efectiva y que exigía que “la realización de las nuevas funciones, lejos de provocar una pérdida de las aptitudes o habilidades laborales correspondientes al grado de formación profesional alcanzado en el momento de producirse la movilidad funcional, facilite o, al menos, no perjudique la natural progresión en esa formación y permita, con ello, el desarrollo coherente de la carrera profesional del trabajador afectado y aun el alejamiento del peligro que representa, para la permanencia en el empleo, el estancamiento profesional”* [MARTINEZ BARROSO, M. de los R. (2012, Diciembre) *“Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo”* Relaciones Laborales nº23. Editorial La Ley]

titulaciones; esto por ejemplo quiere decir que un empleado puede llevar a cabo tareas de limpieza o tareas auxiliares si así lo decidiera el empleador, siempre que respeten su dignidad y estén fundamentadas en razones técnicas u organizativas, como pudiera ser en principio la incapacidad temporal de un compañero.

Ese desequilibrio se pone aún más de manifiesto cuando el ET establece que «*Requerirá el acuerdo de las partes*» o en su defecto se aplicarán las normas contenidas en el artículo 41 del ET, es decir, las relativas a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo donde, como ya veremos, el empresario tiene la facultad de imponer la modificación, con la subsiguiente revisión judicial.

Sorprende ciertamente que el poder a la hora de realizar la reforma de la flexibilidad funcional y la categoría profesional se haya otorgado casi en exclusiva a una de las partes de la relación laboral. De hecho ya existía un acuerdo (II Acuerdo Para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2014) que preveía la posibilidad de los grupos profesionales y la ampliación de los límites de la movilidad funcional, siempre mediante negociación y limitando esa cesión de derechos temporalmente, concretamente hasta 2014, «*ante las concesiones en esta materia de los representantes de los trabajadores, atendida la difícil coyuntura económica, plasmadas en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, donde se reconoce que los convenios debieran facilitar que el empresario pudiera distribuir irregularmente un 10% de la jornada anual ordinaria aplicable, pudiendo afectar con ello a la jornada máxima semanal o mensual, aunque no a la máxima anual y que disponga de una bolsa de cinco días (o 40 horas) al año que podrá alterar en la distribución prevista en el calendario anual, se imponga ahora como un auténtico «mazazo» a los mismos, socavando abiertamente el equilibrio de posiciones entre las partes.*»⁽⁵⁷⁾

«*Además [...] 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 modificación: el deber del empresario de notificar a los representantes de los trabajadores estas necesidades. A partir de la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012, el régimen jurídico aplicable a esta modalidad de movilidad funcional (art. 39.2 ET), no revisado por la Ley 3/2012, no solo ha ensanchado su ámbito de actuación; también ha experimentado una notable flexibilidad formal.*»⁽⁵⁸⁾ La actual redacción se limita a una comunicación de la decisión y las razones a los representantes de los trabajadores, sin mayor hincapié que lo establecido sobre las consabidas causas técnicas u organizativas. En caso de no existir representantes de los trabajadores quedará un poco en el limbo, sin que se establezcan mayores requisitos, diferente a la comunicación a la notificación que por ejemplo requiere la movilidad geográfica.

En conclusión no solo se ha abierto más la posibilidad del trabajador flexible y ambivalente sino que se permite con mayor comodidad el cumplir con los requisitos formales de la movilidad funcional descendente. Consiguiendo suplir en cierta forma la necesidad de contratación especializada y por tanto disminuyendo la necesidad de plantilla.

⁵⁷.- IGARTUA MIRO, M.T. (2012) «*Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras la ley 3/2012 de 6 de julio*» Revista Aranzadi Doctrinal nº6/2012 parte Estudio. Editorial Aranzadi S.A.

⁵⁸.- VALDÉS DAL-RÉ F. (2012, Agosto) Op. Cit.

2.2.3. Movilidad Geográfica.

La movilidad geográfica engloba la posibilidad de trasladar o desplazar a los trabajadores a otros centros de trabajo siguiendo los cauces que para esta institución vienen regulados en el artículo 40 del ET. Conjunto a la movilidad funcional y a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo viene a integrar el triángulo fundamental de la flexibilidad interna. Las reformas laborales han ampliado las causas que justifican el empleo de esta técnica, y no solo eso sino que han instaurado un sistema causal que pretende alejar a los tribunales del juicio de proporcionalidad de la medida, dejando por tanto originarse la decisión con independencia de su razonabilidad, a este respecto *« los legisladores del 2012, el de urgencia y el ordinario, han eliminado de manera abrupta el anterior criterio, de carácter teleológico o finalista, que se venía utilizando para identificar a las citadas causas, al amparo del cual los órganos de la jurisdicción social (o algunos órganos de ella) aplicaron muy a menudo el test de proporcionalidad entre la medida adoptada y el objetivo por ella alcanzado a fin de verificar la regularidad jurídica de la decisión empresarial adoptada. Y en su lugar, lo han sustituido por un criterio enormemente difuso, en buena parte vinculado a factores económicos genéricos, de carácter eminentemente exógenos a la actividad productiva y por tanto al abrigo de controles rigurosos, y dotados de un potencial aplicativo muy favorable para la validación jurídica del ejercicio por el empresario de los poderes extraordinarios que se le han concedido.»*⁽⁵⁹⁾ Por tanto *«Ya no se trata de que el traslado 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 sino simplemente de que tales causas estén relacionadas con la competitividad, la productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial.»*⁽⁶⁰⁾

Esa huida de los juicios de proporcionalidad lo encontramos también en las demás formas de flexibilidad interna, e incluso en las formas de despido por las causas llamadas económicas; parece que la tarea de la justicia se limite a comprobar si concurren las causas tipificadas sin entrar en la consabida proporción y obviando por ejemplo que este tipo de medidas se pudieran utilizar como forma de forzar la rescisión del contrato por parte del trabajador con menor coste para la empresa (20 días de salario por año con un máximo de 12 mensualidades) en virtud de unas causas económicas que podríamos llegar a admitir cuanto menos como insuficientes.

En líneas generales las causas requeridas para llevar a cabo una medida de movilidad geográfica son: *«cuando exija cambios de residencia requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Se consideraran tales 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»* artículo 40 del ET; esas causas se habilitan siempre que estén relacionadas con la competitividad, productividad, etc. Si tenemos en cuenta que casi todos los elementos de la vida afectan a la competitividad de la empresa, desde el tiempo para las comidas hasta el precio de la electricidad, pasando por supuesto por

⁵⁹.- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2012, Agosto) Op. Cit.

⁶⁰.- IGARTUA MIRO, M.T. (2012) Op. Cit.

los costes laborales y por las bonificaciones que puedan otorgar el traslado a otra comunidad autónoma, resulta un espectro muy amplio de causas. Nos encontramos ante una limitación bastante holgada que puede llegar a presentarse como infructuosa, sobre todo cuando los beneficios obtenidos no justificasen realmente el traslado, o cuando en realidad éste no se lleva a cabo para la supervivencia de la empresa.

La reforma de este precepto se inició en el año 2010 con el Real Decreto Ley 10/2010, posteriormente Ley 35/2010, esta norma *«había modificado el Estatuto de los Trabajadores en diversas materias, introduciendo tres importantes novedades en materia de traslados colectivos: a) El plazo para negociar con los representantes legales de los trabajadores se reduce a un máximo de quince días. b) En caso de que no haya representantes en la empresa, será posible atribuir la representación para la negociación del acuerdo a una comisión integrada por un máximo de 3 miembros pertenecientes a sindicatos más representativos y representativos del sector, que serán designados, en el plazo de 5 días a contar desde el inicio de las negociaciones, por la comisión paritaria del convenio. c) A partir de 2010 las negociaciones o consultas pueden sustituirse por procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, cuya duración no podrá ser superior a la establecida para aquéllas.»*⁽⁶¹⁾ La reforma de 2010 conseguía tres objetivos al mismo tiempo. Por un lado aceleraba el procedimiento de movilidad geográfica; por otro fortalecía el papel de los sindicatos, concretamente de los más representativos; y para finalizar fomentaba las soluciones extrajudiciales de conflictos sin que éstas alargasen el plazo fijado.

La reforma de 2012 se limita; por un lado a establecer las consabidas causas económicas, técnicas, organizativas, o de producción; por otro a *«la supresión del último reducto de intervención administrativa en la materia a través de la desaparición de la facultad administrativa de retrasar hasta seis meses la aplicación del traslado»* algo en la línea no solo de la reforma en sí sino también de las recomendaciones europeas que entre otras cosas promovían la desaparición de tanto control administrativo; por último la reforma amplió los colectivos que podrían acceder a la prioridad de permanencia ⁽⁶²⁾ a los cuales se le añadió un derecho preferente para aquellos trabajadores discapacitados que acrediten la necesidad de recibir tratamiento fuera de su lugar de domicilio. A mi juicio, esta preocupación repentina por la salud de los trabajadores discapacitados contrasta notablemente con la disminución y volatilización progresiva que por otra parte han llevado a cabo con el Sistema de Atención a Personas con Dependencia.

Estos cambios otorgan al empresario mayor control de las medidas. Por un lado ya no depende de los acuerdos; y por otro las causas son muy ambiguas, como ya he mencionado el concepto competitividad abarca cuestiones muy amplias y poco concretadas, corresponde por tanto al empresario decidir realmente cuales son. *«Las modificaciones ahora van encaminadas a acentuar los poderes unilaterales del empresario a la hora de ejercer sus facultades.»* sería muy extraño encontrar alguna medida de movilidad que no responda a causas de competitividad;⁽⁶³⁾ y ahí radica la

⁶¹. - MARTÍNEZ BARROSO, M. de los R. (2012, Diciembre) *“Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”* Relaciones Laborales Nº 23, Sección Monografías. Editorial LA LEY.

⁶². - Trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

⁶³. - IGARTUA MIRÓ, M.T. (2012) Op Cit.

esencia de la introducción casi quirúrgica de la última reforma, en la vaguedad de las causas; *«supone, además, una menor carga probatoria en el momento en que se plantee un conflicto o reclamación, porque la fórmula tradicional se diluye, relajándose la carga de la prueba notablemente en la medida en que la competitividad, la productividad y la adecuada organización técnica del trabajo son factores esenciales para la pervivencia de cualquier empresa»*⁽⁶⁴⁾ en el ámbito judicial es donde la fuerza de las causas cogerá mayor importancia. Si se limitase al juez a una comprobación aséptica de la existencia de la causa legal se establecería una revisión judicial pro empresario que trastoca los principios fundamentales del derecho del trabajo; la cuestión de fondo en muchos casos no es apreciar la causa en sí misma, algo muy fácil de manipular cuando son tan ambiguas, la cuestión debiera ser mantener cierta prudencia en la revisión de estos casos, instaurar una proporción adecuada a una medida que puede contener un despido encubierto de toda la plantilla.

Podríamos llegar a casos tan estrambóticos donde en pro de la competitividad toda la plantilla optase por rescindir su contrato para que la empresa obtenga un beneficio económico, ilustremos en 10.000€, cuando tal beneficio competitivo pudiera haberse obtenido a través de otras medidas de flexibilidad, por ejemplo una reducción de salarios, la más común, o incluso a través de la negociación con agentes externos, sobre todo si el beneficio deviniera por reducciones que algunas comunidades autónomas otorgan por la reubicación de empresas en sus polígonos industriales.

En definitiva *«prácticamente se le da al empresario libertad plena para mover a los trabajadores, sin exigir desde la ley una causa concreta, lo cual ha llevado a la doctrina a calificar acertadamente el traslado como formalmente causal y materialmente libre[...] no parece que la mejor solución consista en eliminar, como ha hecho el RDL 3/2012 y ratificado el legislador parlamentario, la vinculación "causa-efecto" entre el traslado y la solución de las circunstancias aducidas para su justificación. Para aportar mayor seguridad jurídica y flexibilidad al precepto hubiera sido suficiente con introducir un matiz posibilista, en el sentido de requerir que la medida pudiera mejorar o, si se prefiere, pudiera contribuir a la mejora de la situación preexistente»*⁽⁶⁵⁾ De tal forma que la revisión judicial no adoleciera de limitaciones tan causales como lo hace en la actualidad, y permitiendo un juicio algo más completo de la razonabilidad de la medida. Aunque obviamente como es perfectamente comprensible el legislador no pretendía eso, sino que pretendía que no se limitaran las causas desde el poder judicial ya que esto hubiera restringido la flexibilidad, y por sí misma la Flexibilidad exige carecer de controles férreos o livianos;⁽⁶⁶⁾ dentro de esta exigencia podríamos encontrar la desaparición de *«la facultad de que disponía la autoridad laboral para ordenar la ampliación del plazo de 30 días[...]de escasa utilización en la práctica, pero dirigida a equilibrar la situación contractual del trabajador, ante la importancia de los derechos afectados, si bien se ha mantenido la previsión estatutaria del art. 40.2 relativa a que la apertura del período de consultas y las posiciones de las partes tras su conclusión deberán ser notificadas a la autoridad*

⁶⁴.- MARTINEZ BARROSO, M. de los R. (2012) Op. Cit.

⁶⁵.- Ibídem.

⁶⁶.-Esto es predicable de todas y cada una de las medidas contenidas en las reformas desde el año 2012, desde la supresión del Ere renombrado a Procedimiento por Despido Colectivo, hasta la modificación sustancial, pasando por la inaplicación de los convenios colectivos, y por la primacía del convenio de empresa, y por la limitación cada vez mayor de la actuación judicial en algunos aspectos.

laboral para su conocimiento.»⁽⁶⁷⁾ Relegando casi a la Autoridad Laboral a un mero registrador que vela por el cumplimiento formal y procedimental de tales medidas; es casi cómico ese “para su conocimiento” que recoge el ET ya que no indica para qué, y es que más allá que para cumplir con un cierto formalismo no tiene mayor utilidad ya que no controla la decisión ni puede incidir en el desarrollo de la misma, salvo elucubrando cuestiones formales salvables que evitasen su denegación, por otra forma es una posible vía de escape en la defensa judicial posterior que muy probablemente se lleve a cabo.

En definitiva encontramos en la Movilidad Geográfica otro de los ámbitos donde el empleador ha ganado capacidad de control, pero analizando esta medida nos encontramos con una cuestión de fondo que reviste importancia, la movilidad geográfica afecta a empresas que generalmente poseen una gran cantidad de centros de trabajo, es decir que esta medida no beneficia en ningún caso a una PYME, (recordemos en torno al 99% del empresariado) beneficia sólo a la gran empresa, esto refuerza la argumentación de que las medidas contenidas en las últimas reformas no responden en ningún caso a la urgencia ni a la situación económica ni a todo lo que se pueda argumentar en su defensa, sino más bien tal como se apuntaba en la introducción a un cambio global del sistema de relaciones laborales, en pro de la productividad sobre los derechos de los trabajadores, olvidando el sistema productivo español.

En conclusión la movilidad geográfica permite movilizar los trabajadores para asimilar posibles aumentos de la demanda según la localización, o por otra parte trasladar la empresa a zonas donde tenga más oportunidades de éxito.

2.2.4. La Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo reconoce vía ley la unilateralidad en la relación laboral; *«Sin duda la primera impresión que suscitan estos cambios no es otra que la de un muy significativo fortalecimiento del poder de decisión del empresario en materia de modificación de condiciones laborales, que estaría en condiciones de permitirle disponer de manera unilateral, y además prácticamente no condicionada, de las establecidas tanto a nivel individual como incluso colectivo»* ⁽⁶⁸⁾. No es sólo que puedan alterarse las condiciones inicialmente pactadas por las partes sino que además se realiza en un nivel de parcialidad que hace ver los contratos del derecho civil como más garantistas para las partes. Regulada en el artículo 41 del ET, se refiere así a su naturaleza *«La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción»*

Las últimas reformas *«En este ámbito [...] no han sido tan llamativas como en materia de despidos o en la propia regulación del convenio colectivo.[...] podrían sintetizarse en tres fundamentales: 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*

⁶⁷.- MARTINEZ BARROSO, M. de los R. (2012, Diciembre) Op. Cit.

⁶⁸.- Ibidem.

con derecho a indemnización y, por último, la modificación de condiciones de trabajo recogidas en convenio colectivo del Título III del Estatuto de los Trabajadores se reconducen al apartado 3 de su art. 82»⁽⁶⁹⁾. A través sobre todo de la introducción de la cuantía y estructura salarial dentro de las materias modificables se ha conseguido fomentar el uso de medidas de flexibilidad interna, en la medida de que en su gran mayoría han sido utilizadas para reducir los costes laborales.

Habría que entender por tanto que las razones de fondo tienen magnitud suficiente, y que estas «*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*» (Artículo 41 del ET). Tendrán o no magnitud suficiente, si atendemos al concepto general pudiera pensarse que no, ¿la competitividad de una empresa justifica la unilateralidad en el contrato?, si fuera así nos encontraríamos ante una situación realmente caótica. A mi juicio la redacción legal es bastante ambigua o al menos lo es para justificar la modificación unilateral del contrato, facultad que una de las partes privadas no debería obtener con facilidad sobre elementos tan primordiales del contrato de trabajo como son la jornada y la cuantía salarial; y más aún cuando la opción del trabajador se limita a aceptar la modificación, o a rescindir el contrato con una indemnización de 20 días por año trabajado con un máximo de 9 mensualidades inferior en mensualidades a la de un despido procedente.

De facto podría llegar a darse el “despido” por alteración abusiva de las condiciones iniciales del contrato mediante el uso fraudulento de esta modalidad. La visión que parece poseer el legislativo, es que no deja de ser una medida con la cual la empresa se “adecúa” a la demanda y por tanto no se pierden puestos de trabajo «*Si las medidas de flexibilidad interna son realmente medidas alternativas a la destrucción de empleo necesariamente deben regularse sobre el entendimiento de un amplio margen decisorio de la empresa, y sin óbices procedimentales injustificados que hagan ilusoria la adecuación de la empresa a las exigencias y circunstancias que demanda el mercado*»⁽⁷⁰⁾, puede llegar a entenderse tal planteamiento pero entonces entraríamos en debates de si realmente son alternativas o son acompañamientos al despido, o son dados por la simple lógica de lograr el mayor beneficio económico posible, e incluso a valorar de distinta forma aquella modificación que no venga acompañada de despidos.

M^a de los Reyes Martínez Barroso acierta al decir que «*En suma, tanto el legislador de urgencia como el parlamentario dan cobertura normativa al "dumping social", en tanto no cabe calificar de otro modo al incremento de la competitividad de las empresas a partir de la degradación de las condiciones de trabajo*»⁽⁷¹⁾. En efecto de toda la línea reformadora, y los datos estadísticos se desprende que el modelo competitivo implantado responde a un modelo de “dumping social” que en español viene a significar algo así como “basureado” social, de degradación de las condiciones, lo cual favorece en principio la competitividad Externa pero que por un lado contradice ese objetivo de mejora propio del estado de bienestar europeo; y por otro poco ayuda a las

⁶⁹.- MARTÍNEZ BARROSO, M. de los R. (2012) Op.cit.

⁷⁰.- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. (2013) “*Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo tras la Ley 3/2012 de 6 de julio*” Revista Aranzadi Doctrinal nº9/2013, Parte Comentario. Editorial Aranzadi S.A.

⁷¹.- MARTÍNEZ BARROSO, M. de los R. (2012) Op. Cit.

PYME que en su mayoría dependen de la demanda interna, la cual por medidas como esta pierde poder adquisitivo con rapidez.

«Sin embargo, no cabe olvidar que deberá tratarse siempre de causas externas, con entidad propia y claramente objetivables, sin que la nueva redacción del precepto permita deducir que la existencia de cualquier dificultad pueda servir de fundamento para imponer cualquier alteración de las condiciones laborales» ⁽⁷²⁾ en efecto deben ser causadas por cuestiones ajenas, pero no hay que olvidar que en una situación de crisis tales causas son muy fáciles de concurrir; y al no concretarse sólo en económicas abrigan un abanico más amplio del que se exigía previamente para realizar medidas parecidas. «En términos materiales lo que se hace es abandonar a todos los efectos la idea de que se esté exigiendo una situación de deterioro empresarial, de modo que se concibe la flexibilidad interna como un instrumento de competitividad, que como tal tiene carácter preventivo y no meramente reactivo a una situación de declive de la empresa» ⁽⁷³⁾. En conclusión, a través de este procedimiento se otorga al empresario el control total de las condiciones enumeradas en el artículo 41 del ET, consiguiendo de tal manera la tan ansiada flexibilidad, por lo civil o lo criminal, siempre y cuando concurren causas. Lo cual rompe con la bilateralidad del contrato de trabajo, en la medida de que la decisión final con permiso de los juzgados recae en el empresario; hubiera respetado más al propio contrato de trabajo que tal decisión acabase recayendo en la negociación, ya que en cierta forma ambas partes estarían representadas siempre en la alteración de las condiciones pactadas del contrato.

A modo de matiz personal, si la eliminación del 100% de la jornada conlleva una indemnización, que no deja de ser por daños y perjuicios, adecuada y aceptable ¿no debería indemnizarse por despido cuando se reduce la jornada laboral y el salario?, si por una modificación sustancial pasas a trabajar 50% de tu jornada, en esencia el empleador por su voluntad te está extinguiendo el 50% de tu contrato, y en una visión de justicia ideal debiera indemnizarse por tal pérdida. Si los beneficios fiscales se pueden proporcionar a la jornada ¿por qué no la indemnización por despido?

2.2.5. Distribución irregular de la jornada.

La distribución irregular de la jornada define a todas aquellas formas con las cual el empleador puede decidir la distribución del tiempo de trabajo de acuerdo a sus necesidades concretas. Dentro de esta definición quedarían incluidas las horas extraordinarias y las horas complementarias en caso de ser un contrato a tiempo parcial; sin embargo lo realmente interesante, y por lo que empezaremos en este concepto, es la nueva capacidad que el empleador tiene de decidir sobre la distribución anual de la jornada.

El precepto contenido en el artículo 34.2 del ET refiere que «Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del

⁷².- Ibídem

⁷³.- CRUZ VILLALÓN, J. y GÓMEZ GORDILLO, R. [et. Al.] (2012) "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores" -"Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo" Editorial Lex nova. 2ª Edición, Valladolid. Página 430.

año» Esta medida fue inicialmente introducida por el RDL 7/2011 que lo preveía como contenido obligatorio del convenio, estableciendo mediante negociación colectiva los porcentajes en cómputo anual con el único límite del respeto de los períodos mínimos de descanso y la exigencia formal de cumplir un preaviso de cinco días, para que el trabajador lo conozca con suficiente antelación; en defecto de previsión en el convenio o ausencia de acuerdo entre las partes reservaba inicialmente un porcentaje del 5% que el empleador podía distribuir a voluntad, reconociéndole por tanto la Ley la posibilidad de modificar la distribución de la jornada hubiera o no acuerdo, siendo el acuerdo más ventajoso ya que permitía en todo caso márgenes más amplios.

La reforma de 2012 se limita, por un lado a trasladar tal precepto al artículo referido a la jornada, algo que no altera el régimen jurídico de la medida; y por otro lado a aumentar el porcentaje de distribución irregular sin acuerdo hasta el 10% de la jornada en cómputo anual. «*La distribución irregular de la jornada anual requerirá, según el primer inciso del art. 34.2 ET, previsión en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Esto es, en defecto de pacto, el empresario sabe que dispone, en todo caso, de un diez por ciento de distribución irregular, lo que no es baladí en tanto supone en torno a 165-170 horas de libre distribución. No obstante, dicha facultad se halla sometida al respeto de los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en el Estatuto de los Trabajadores*» (74).

La pregunta que cabría plantearse, o que al menos a mí me surge es, si existe la posibilidad de que el convenio prevea porcentajes mayores y no se limite solo a restringirlos, de hecho el ET solo establece el límite de los períodos mínimos de descanso. Apreciando subjetivamente lo que la distribución irregular puede llegar afectar a un trabajador, por un lado queda al arbitrio de la situación temporal del trabajo; por otro le puede permitir liberar mucho más tiempo de descanso. Incluso porcentajes altos de distribución irregular de la jornada podrían llevar a una situación histriónica en el caso de ser despedidos habiendo cumplido la jornada anual, en la medida de que el trabajador al haber cumplido con el trabajo anual debiera seguir percibiendo la compensación salarial en forma de descansos, entendiéndose que la solución lógica es una indemnización de esos días de descansos generados y no disfrutados.

María de los reyes Martínez Barroso, entiende que el pacto sería limitador, «*La facultad legal finalmente se reconoce salvo pacto que la limite o suprima (esto es, la negociación colectiva podrá afectar a esta potestad estableciendo unas limitaciones de distribución que neutralicen el ejercicio de esta prerrogativa), con lo cual se aplica con carácter general sin necesidad de acuerdo para su introducción*» (75) aunque entendiéndose que tal pacto limitase la distribución irregular a porcentajes inferiores de los legalmente reconocidos cabe preguntarse qué sentido tendría un convenio que limite los porcentajes por debajo de ese 10%, no parece alcanzar más que la paz social en la medida de que algunas de las instituciones flexibilizadoras introducidas en el Derecho del Trabajo pueden eludirlo. «*El art. 34.2 ET es claro al requerir el acuerdo con los representantes cuando el porcentaje de distribución irregular de la jornada*

⁷⁴.-MARTÍNEZ BARROSO, M. de los R. (2012) Op. Cit.

⁷⁵.-Ibidem.

supere el margen ordinario de gestión empresarial, cifrado en el diez por ciento de la jornada anual» (76).

A mi juicio el único pacto con interés es aquel que establezca mayores porcentajes, por las facilidades ofrecidas actualmente por otras instituciones que predominan, como son el contrato parcial, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, o el convenio de empresa. Por otra parte para M^a Teresa Igartua Miró, «*se mantiene el otorgamiento directo al empresario de la posibilidad de distribuir irregularmente un 10% de la jornada de trabajo si no se pactase otra cosa. Con ello se incentiva, si bien indirectamente, el interés de los representantes de los trabajadores en negociar esta cuestión pues caso contrario queda roto el equilibrio en las relaciones laborales, pero asegurando, al mismo tiempo, una posición reforzada del empresario» (77);* visión que no comparto, si bien se podría llegar a pensar que los representantes de los trabajadores deseen negociar el porcentaje está claro que ahora el que no querrá hacerlo será el empresario, pues ya le pertenece un 10% y todo lo que sea disminuirlo es renunciar a parte de sus derechos por lo que solo se podría dar en caso de una contraprestación adecuada y suficiente a sus intereses «*Salvo contadas excepciones, los negociadores hacen un uso bastante moderado de las prerrogativas de ampliación del porcentaje legal del 10 que, como se sabe, opera en defecto de pacto» (78).*

Unido a lo anterior queda la posibilidad de compensar las horas extraordinarias con descansos, también compensar con descansos aquellos excesos de jornada producidos por la distribución irregular de la jornada. En la línea introducida por las reformas flexibilizadoras el tiempo de trabajo debe ser flexible, por lo que en gran medida interpreta que las horas de trabajo con independencia de cuando se produzcan deben ser tratadas de la misma forma, es decir deja de premiarse el esfuerzo que supone trabajar por encima de la jornada ordinaria, entendiendo para ello que un descanso equivalente es suficiente compensación.

Se entiende por hora extraordinaria aquella que exceda de la jornada establecida, entendiendo que una vez traspasados los umbrales de distribución irregular, las horas trabajadas por encima de la jornada establecida en convenio serán horas extraordinarias y por tanto merecen la remuneración establecida a tal efecto en el convenio colectivo, que al menos nunca será por debajo de la hora ordinaria y por lo general la valoración de la hora extraordinaria tiende a ser superior a la ordinaria. El régimen instaurado establece que, asemejándose al sistema establecido para la distribución irregular, «*Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso » (Art 35. ET.);* por tanto la opción legal acaba siendo, en ausencia

⁷⁶.- Ibídem.

⁷⁷.- Igartua Miró, M.T. (2012) "Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras la ley 3/2012 de 6 de julio" Revista Aranzadi Doctrinal nº6/2012 parte Estudio. Editorial Aranzadi S.A.

⁷⁸.- MUÑOZ RUIZ, A.B. (2014) "Últimas tendencias en la ordenación flexible del tiempo de trabajo en los convenios colectivos de empresa. Algunas reflexiones a la luz del RD-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores" Información Laboral num.1/2014 parte Estudios. Editorial Aranzadi S.A. Destacando el convenio colectivo de Lufthansa, líneas aéreas alemanas y su personal en España (BOE 04-02-2013): «Artículo 20» que establece un porcentaje mínimo del 50%, y un máximo del 70%.

de pacto, la compensación mediante un descanso que deberá ser por el tiempo equivalente; es importante entender a qué se refiere equivalente, ya que puede ser equivalencia temporal, hora por hora, o económica, hora por hora y quince minutos, en la medida de que la hora extraordinaria pudiera tener un sobrecoste del 25% sobre la hora ordinaria.

En la línea normativa que tienen los convenios en este ámbito han ido establecido sistemas de desarrollo de la distribución irregular. Por poner dos ejemplos en el Convenio Colectivo de Aserradores y Almacén de Madera de Cantabria Boc 23/01/2014, el tratamiento a efectos de su remuneración da a las horas distribuidas irregularmente en caso de finalizar el contrato será el mismo que el de una hora extraordinaria; mientras que el Convenio Colectivo del Sector de Fabricación de Derivados del Cemento de Cantabria, ha optado por asimilar la retribución a la fórmula de cálculo establecida para las horas ordinarias. Ambos convenios siguiendo un poco la línea que se pretendía en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva han optado por negociar el proceso apropiado para la distribución irregular de la jornada.

En definitiva, ambas medidas implementadas en las últimas reformas no hacen más que retomar una idea flexible del tiempo de trabajo asimilando el trabajo superior al ordinario aun siendo menos productivo; en realidad no es más que una opción que el empleador puede realizar que sorprende ciertamente cuando por una parte se presenta una tasa de desempleo tan excesiva y por otra se facilita que trabajadores realicen sobreesfuerzos, cuando pudiera suplirse con más mano de obra. En conclusión, la distribución irregular del a jornada permite al empresario la flexibilidad horaria que unida a las horas extraordinaria permiten adaptar el trabajo a los ciclos productivos de la demanda.

2.3. FLEXIBILIDAD DE SALIDA:

2.3.1 El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. También de carácter colectivo.

El despido se define como «*La extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario unilateral*» ⁽⁷⁹⁾, por lo tanto con independencia de que se tasen ciertas causas que a ojos de la ley justifiquen la decisión de despedir al final es un acto voluntario de cada empresario. El contrato de trabajo es un contrato bilateral cuyas condiciones mutuamente pactadas no pueden quedar al arbitrio de una de las partes, declaración que a día de hoy debiera matizarse por la presencia de varas medidas legales que de forma unilateral pueden llegar a alterar el cumplimiento y ejecución del contrato, cuando concurren las consabidas causas.

La causalidad a la hora de realizar un despido es necesaria, es aquello que justifica y permite al empresario ejercer su voluntad unilateral. Por tanto, al alterar las causas se está extendiendo el abanico de posibilidades en las cuales el empresario puede recurrir al despido, sin perjuicio de la subsiguiente revisión judicial de la causa y la forma. Además «*Dicho cambio ha estado dirigido a conseguir un mayor grado de objetivación de las mismas, de tal forma que pudiese conseguirse una mayor*

⁷⁹.- Alonso Olea, M. (1958) «*El despido*» IEP, Madrid. Página 13.

previsibilidad de las decisiones judiciales» ⁽⁸⁰⁾, haciéndolas más sencillas de revisar para permitir al empresario que no se la “juegue” al justificar con dichas causas el despido.

Las causas Económicas, Técnicas, Organizativas, o de Producción han sido uno de los aspectos introducidos con entidad propia por el RDL 3/2012, que junto a una bajada en las cuantías indemnizatorias del despido improcedente y a la ruptura con la tradicional institución de los salarios de tramitación han logrado una mayor habitualidad del despido en las empresas españolas. Aunque el aspecto más trascendente para los despidos, en su versión colectiva, ha sido la desaparición del Expediente de Regulación de Empleo en favor del Procedimiento de Despido Colectivo, quizás por cuestiones de resonancia la terminología pueda confundirnos pero la realidad es totalmente diferente; por un lado el ERE exigía la autorización administrativa previa, el Procedimiento a la contra relega a la Autoridad Laboral, prevaleciendo finalmente la decisión empresarial con la casi obligada revisión judicial, este paso hacia el poder empresarial la reforma de 2010 no se atrevió a dar, *«La reforma llevada a cabo por la Ley 35/2010 unificó las causas del despido por funcionamiento de la empresa para los despidos individuales y plurales y los colectivos, introdujo modificaciones en el procedimiento [...] pero sin eliminar la autorización administrativa, y eliminó, la nulidad por razones formales. También actuó, [...] sobre la formulación de las causas de despido económicas, técnicas, organizativas, y productivas»*⁸¹

La formulación que el RDL 3/2012 realiza sobre la definición de las causas empresariales no difiere mucho de lo establecido en el 2010, si bien las concreta y las ejemplifica, *«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 tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.»* Artículo 51.1. del ET.

En primer lugar establece que debe desprenderse un situación económica negativa, y en segundo lugar ejemplifica tal situación económica negativa, a este respecto *«La disminución persistente de ingresos [...] en todo caso si se produce durante tres trimestres consecutivos [...] no quiere decir que no pueda haber otras disminuciones de ingresos que se reflejen en una situación económica negativa que pueda ser justificativa de la voluntad empresarial de despedir. Esos hechos [...] tienen que ser integrados en el elemento valorativo “situación económica negativa”»* ⁽⁸²⁾ es curioso que leyendo literalmente el artículo lo que justifica la decisión de despido no es una situación de pérdidas sino una situación económica negativa, que pueden ser pérdidas actuales o previstas pero que también puede ser una disminución de ingresos aun siendo la empresa rentable, algo que en cuanto a la protección del derecho al trabajo

⁸⁰.- DURÁN LÓPEZ, F. (2013) *“Despidos económicos y control judicial”* Relaciones Laborales Nº 12, Sección Monografías. Editorial LA LEY.

⁸¹.- APARICIO TOVAR, J. (2012, Diciembre) *“Las Causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”* Revista de Derecho Social Nº57 2012 “La Reforma Laboral”. Editorial Bomarzo. Página 152.

⁸².- Ibídem página 158.

debiera resultar cuanto menos molesto; sorprende que el derecho del trabajo que se muestra tan protector del puesto del trabajo en algunas cuestiones, como en la rescisión unilateral del contrato por impagos salariales dónde se requiere la autorización judicial al entender que el derecho del trabajo vela por el mantenimiento del puesto de trabajo, y por otra parte se muestre tan interesado en proteger el beneficio empresarial por encima del puesto de trabajo sin atender en principio la ley a ningún tipo de proporcionalidad, u obligación de prioridades en las alternativas al despido; hubiera sido ciertamente interesante, aunque quizás poco efectivo, que para llevar a cabo un despido por causas económicas se hubieran intentado sin éxito formas de flexibilidad interna, aunque sea entrar ámbitos del derecho ficción, al final el legislador simplifica y *«solo define o describe la causa, y no incluye ninguna referencia a que los despidos pretendidos guarden una determinada relación con ella o se dirijan a conseguir determinados objetivos»* ⁽⁸³⁾.

«Las causas técnicas están definidas de un modo extraordinariamente vago. Hay siempre unos hechos que no están precisados» ⁽⁸⁴⁾. En efecto, solo se refiere a que existen cuando se producen cambios, por ejemplo pintar la fábrica de amarillo puede justificar un despido por causas técnicas. De hecho la redacción legal quitando las ejemplificaciones dice lo siguiente *«Concurren causas técnicas cuando se producen cambios, causas organizativas cuando se producen cambios y causas productivas cuando se producen cambios»* el resto son ejemplificaciones; al decir entre otros se entiende que pueden existir infinidad de otros cambios que justificarían algo tan serio como es el despido, siempre que estén relacionados mejor o peor con las causas legales, ahí es donde se haría interesante el buen hacer del juez a la hora de proporcionar esos cambios a la decisión extintiva. Hay que acudir a la analogía con otros artículos para interpretar que tales cambios se refieren a lo siguiente *«requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa,»* art. 41.1 del ET regulador de la Modificación sustancial de las condiciones de trabajo, porque si no el abanico reconocido a tales causas sería tremendamente indeterminado.

El juego de las causas donde realmente posee interés es en sede judicial, con la nueva redacción: primero se elimina a la Autoridad Laboral ⁽⁸⁵⁾ que era quien se encargaba en cierta medida de que ciertos despidos colectivos tuvieran cierta proporcionalidad a la situación real de la empresa. Segundo se limita al juez, ya que una vez haya resuelto que no se encuentra ante un caso discriminatorio o que atente contra los derechos fundamentales solo deberá atestiguar la existencia de las causas, en principio sin realizar un juicio proporcional de la medida adoptada, en este sentido se manifiesta la Sentencia del TSJ de Galicia de 6 de julio de 2012 diciendo que *«basta la simple constatación de la presencia de una disminución persistente del nivel de ingresos o de un descenso constante del nivel de negocio, o de pérdidas, de tal manera que afecten a la viabilidad de la empresa o a su capacidad para mantener el volumen de empleo»*. Con lo cual el empresario obtiene mayor poder de decisión ya que su medida muy seguramente acabará siendo adoptada, en detrimento de la

⁸³- DURÁN LOPEZ, F. (2013, Diciembre) Op. Cit.

⁸⁴- APARICIO TOVAR, J. (2012) Op. Cit página 159.

⁸⁵- La cual curiosamente pervive en la causa por fuerza mayor 51.7. curiosamente al ser en principio una situación mucho más objetiva que la económica

seguridad del trabajador, el cual solo obtiene cobertura bajo el paraguas de los derechos fundamentales, de la no discriminación, y en último recurso de las deficiencias formales en la comunicación del despido o en el procedimiento de ser colectivo, de cara a obtener mayor indemnización en el caso individual o la readmisión en el colectivo. *«Los resultados a examen ponen también de manifiesto, que cuando los tribunales entran en el análisis de fondo de las causas invocadas por el empresario, en el 85,45% de los casos aprecian su virtualidad extintiva, lo que ayuda a comprender las razones por las que los demandantes están especialmente interesados en invocar irregularidades procedimentales.»* ⁽⁸⁶⁾.

Lo anterior es desarrollado por la lectura no interpretada jurisprudencialmente (por el Tribunal Supremo) de la norma, sin embargo la aplicación judicial quizás por un criterio más garantista del Derecho del Trabajo, sin llegar a ser jurisprudencia viene a interpretar en su mayoría que *«Conforme al criterio predominante, los órganos judiciales han de llevar a cabo dos operaciones jurídicas sucesivas: comprobar, ante todo, si concurre la situación económica negativa, o los cambios alegados por la empresa para justificar el despido colectivo; y, una vez hecha esa constatación, tomar en consideración los datos objetivos concurrentes a fin de determinar si entre la intensidad intrínseca de la situación o cambio acreditado y su nivel de incidencia en el ámbito en que se actualiza, y la decisión que se le vincula de resolver la totalidad o de parte de las relaciones laborales, existe una relación de adecuación o correspondencia; juicio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad, que puede alcanzar tanto a la virtualidad extintiva de la causa como al número de puestos de trabajo afectados, correspondiendo a la empresa la carga de justificar que el despido colectivo es una medida razonable y proporcionada»* ⁽⁸⁷⁾. En efecto, podría decirse que mayoritariamente los tribunales a la hora de analizar dichas causas atienden también al juicio de proporcionalidad, aunque no todos ya que no deja de ser un dato estadístico y no exactamente jurídico ya que seguimos a la espera de pronunciamientos interpretativos del Tribunal Supremo en cuya falta hay que remarcar *«el importante papel que está jugando la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que, a través de sus resoluciones, inmediatamente difundidas por el CENDOJ, está marcando la pauta a seguir en aspectos decisivos, varios de los cuales se encuentran pendientes de validación, en su caso, por el Tribunal Supremo. Dos, la voluntad de este último órgano de establecer, a la mayor brevedad posible, y reunido en Pleno, unos criterios generales que guíen la actuación de los tribunales de instancia, labor que ya ha comenzado a realizar»* ⁽⁸⁸⁾. Yo personalmente entiendo que no realizar un juicio de proporcionalidad haría predominar, el derecho al beneficio sobre el derecho al trabajo, y el interés general debe ser el hacer predominar el trabajo, aun cuando las reformas hayan pervertido el concepto de trabajo asociándolo indisolublemente a la productividad y competitividad de la empresa, en una extraña concepción donde proteger a la empresa es proteger al trabajador, con independencia de quién sea la parte débil.

En conclusión, el despido favorece la flexibilidad de salida; por un lado aumenta las probabilidades de su procedencia, por lo que el empresario puede estar más seguro

⁸⁶.-PALOMO BALDA, E. (2013, 8 de Octubre) "120 sentencias en materia de despido colectivo" Diario La Ley nº 8165, Sección Tribuna. Editorial LA LEY.

⁸⁷.- Ibídem.

⁸⁸.- Ibídem.

de tomar la medida; por otro aumenta las causas para facilitar la medida y disminuye su coste con el fin de causar menor perjuicio a la empresa en detrimento de la seguridad laboral, y todo ello sin vincularlo al sostenimiento efectivo de la empresa

3.- FLEXIBILIDAD DE CARÁCTER COLECTIVO. (40,41 y 47)

Dentro de flexibilidad de carácter colectivo debieran introducirse diferentes cuestiones que por número de afectados pueden resultar colectivas, tales como los despidos por causas económicas que adquieren entidad colectiva, las modificaciones sustanciales, o la movilidad geográfica; las reglas para la atribución del carácter colectivo y la apertura del procedimiento que veremos más adelante vienen recogidas en el Estatuto de los Trabajadores, que se ha encargado de objetivar cuando existe una colectividad. Por cuestiones de espacio no podrán tener un hueco individualizado en este trabajo, pero en líneas generales una de las medidas anteriormente mencionadas será colectiva cuando en un período de noventa días afecte al menos a: a) Diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores. Estas herramientas de flexibilidad interna requieren las ya mencionadas causas, la diferencia entre una modificación sustancial de las condiciones de trabajo individual y colectiva es, por un lado el número de trabajadores afectados, y por otro que la colectiva requerirá la apertura de un periodo de consultas, pero las causa para validar el proceso son las mismas reflejadas en el apartado individual, la importancia radica en que no seguir el procedimiento de consultas invalidará todo el proceso.

En cuanto a las causas hay una variación respecto a la inaplicación del convenio ya que entiende la norma que concurre causa económica cuando se producen dos trimestres consecutivos de resultados económicos negativos.

Las últimas reformas laborales han tenido un impacto directo sobre la negociación colectiva; en primer lugar a través de la inaplicación o descuelgue del convenio; en segundo lugar a través del fin de la ultractividad sine die; y por último a través de la prioridad aplicativa del convenio de empresa. A estas tres grandes vías reformadoras habría que añadir los cambios en los procedimientos de negociación, en este sentido el RDL 11/2013 regula la comisión negociadora y los sujetos legitimados para actuar durante el periodo de consultas previo a ciertas medidas colectivas, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión de contratos, reducción de jornada, y despido colectivo por causas económicas, así como a la inaplicación del convenio. ⁽⁸⁹⁾

3.1. FLEXIBILIDAD INTERNA:

⁸⁹. - Esta consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, donde podrán intervenir las secciones sindicales, la comisión negociadora no podrá superar un máximo de 13 miembros por cada una de las partes si fueran más deberán elegir entre ellos en función al número de trabajadores a quienes representen, la constitución de la comisión se realizara en 7 días desde la comunicación de la intención del empresario de iniciar el procedimiento, transcurridos esos días se iniciará el periodo de consultas, el acuerdo será por mayoría de los representantes legales de los trabajadores siempre que representen a la mayoría de los trabajadores.

3.1.1. La inaplicación del convenio. (art. 41 ET, art 12 ley 3/2012; Art 82 ET, art 14 Ley 3/2012)

La inaplicación viene regulada en el artículo 82.3. del ET y supone la excepción a la eficacia del convenio, pero solo en aquellas mismas materias que para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo recoge en el artículo 41.1. En sí misma la inaplicación, o descuelgue, no es una técnica novedosa, se introdujo en el año 1994, la reforma se limita a facilitar notablemente su utilización introduciendo una tipología causal idéntica al despido colectivo, diferenciando que la disminución de ingresos en lugar de tres trimestres serán válidas si se dan durante dos trimestres.

Al ser una medida inevitablemente colectiva requiere como es lógico de la apertura de un procedimiento, tal procedimiento presenta cuatro fases *«Esas cuatro fases son las siguientes: primera fase, el acuerdo directo en el seno de la empresa [...] Segunda fase, acuerdo en el seno de la comisión paritaria del convenio colectivo [...] Tercera fase, avenencia o laudo a través de la mediación o arbitraje a través de los sistemas autónomos de resolución de conflictos; cuarta fase, resolución a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas.»* ⁽⁹⁰⁾. Siendo la última fase la más destacada, al ser introducida por la reforma de 2012.

Estas cuatro fases son continuaciones la una de la otra, de manera que de no alcanzar acuerdo en la fase de consultas se procedería con la comisión paritaria, que de no alcanzar acuerdo se acudiría a sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, que de no conseguir acuerdo repercutiría finalmente sobre la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos, nacional o autonómica. El período de consultas no podrá exceder los 15 días, y deberá llevarse a cabo en una única comisión negociadora que no sobrepasará de los 13 miembros por cada una de las partes, en cuanto a la representación de los trabajadores *«Cabe recordar que el propio artículo 87.1 ET atribuye a las secciones sindicales 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»* ⁽⁹¹⁾, solo en caso de no darse ese supuesto de representatividad o que no se acuerde que sean las secciones sindicales corresponderá a los representantes del comité de empresa o los delegados, o la comisión elegida en caso de no haber representación unitaria.

En cuanto a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, último y novedoso paso, entrando en su página web vemos 24 pronunciamientos *«Ocho de ellas han declarado la incompetencia de la CCNCC en atención al ámbito territorial de la inaplicación postulada y una novena por referirse la inaplicación a un convenio colectivo extraestatutario. En otros tres casos, el expediente se ha archivado por existir desistimiento de la parte empresarial promotora de la inaplicación. En dos supuestos, la solicitud ha sido inadmitida a trámite por no haberse observado el requisito previo de haber sometido la solución de la discrepancia a los procedimientos extrajudiciales de*

⁹⁰.- VILLALÓN CRUZ, J. (2012) *“El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”* Revista de Derecho Social Nº57, “La Reforma Laboral”. Editorial Bomarzo. Página 239.

⁹¹.- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2014) *“El descuelgue: problemas prácticos y primeras experiencias”* Revista Doctrinal Aranzadi Social num.11/2014, parte Informes. Editorial Aranzadi S.A.

solución de conflictos. En otra ocasión, no ha prosperado en un caso la solicitud formulada por no haberse atendido el requerimiento de subsanación dirigido a la empresa para que completase o precisase determinada información necesaria para delimitar el alcance y las consecuencias de la inaplicación solicitada, y por incongruencia de la propia solicitud» ⁽⁹²⁾, con lo cual determinamos que ha tenido poco trabajo, y la gran mayoría de sus pronunciamientos han sido para declararse incompetente, con lo cual podemos extraer que el conjunto de tales medidas se resuelven en los tres escalones previos y que esta comisión pudiera llegar a ser incluso un gasto superfluo.

A parte de la introducción de otro eslabón, la reforma no se limita ya al descuelgue del convenio sectorial, *«Entre otras muchas alteraciones, el nuevo régimen jurídico de esta institución consiente ahora a las empresas la inaplicación salarial establecida en los dos grandes niveles convencionales: el sectorial, pero también el de empresa»* ⁽⁹³⁾, permitiendo por tanto un descuelgue de todo convenio ante las causas de empresa; es por tanto una idea pervertida del convenio que pasa de ser una norma de aplicación a una especie de instrumento variable en función de la situación de la empresa, a la cual debe siempre adaptarse, casi tanto como el contrato con la actual legislación. La teoría de fondo parece ser que toda condición laboral debe forzosamente adaptarse a la situación de la empresa, salvo aquellas demasiado intocables y referidas a derechos, libertades, y directivas europeas.

En conclusión la inaplicación del convenio permite adaptar a la situación negativa de la empresa las condiciones laborales recogidas en él, permitiendo mayores índices de flexibilidad y adaptabilidad a las condiciones económicas, muy facilitado a través de las causas, y dejando el escalafón final en un tercero de nueva creación.

3.1.2. La Ultraactividad.

Las reformas emprendidas en cuanto a la negociación colectiva vienen marcadas por un aspecto fundamental, el fin de la ultraactividad sine die a través de una formulación tan tajante como la del artículo 14.seis. del RDL 3/2012 *«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.»* posteriormente el lapso de duración de la ultraactividad se restringió a un solo año, previendo además que tal plazo de ultraactividad para los convenios previos que se encontraban en tal situación terminaría a un año desde la norma, es decir, Junio de 2013.

La ultraactividad del convenio suponía no dejar al trabajador desprotegido por los devenires de la negociación, al prolongarse los efectos normativos del convenio sine die se protegía en cierta forma el derecho a tener unas condiciones de trabajo propias a su situación. En contraposición a esa medida proteccionista se producía un efecto indeseado, ya que en ciertas ocasiones la ultraactividad desincentivaba cualquier intento de negociación, dejándonos ejemplos de convenios que no habían sido

⁹².- Ibídem.

⁹³.- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2012, Diciembre) *“La reforma de la negociación colectiva”* Relaciones Laborales N° 23, Sección Monografías. Editorial LA LEY.

negociados durante años como el de Salas de fiesta, baile, y discotecas que llegó a 244 meses, más de 20 años. No cabe duda de que limitar la ultraactividad fomenta la negociación, casi la fuerza, con visos de alcanzar algún tipo de acuerdo o que en vistas de no alcanzar un nuevo convenio se acuerde al menos la prórroga del anterior, algo que la ley permite con la expresión “*salvo pacto en contrario*”.

Dentro de ese pacto en contrario hay que entender todo pacto que establezca períodos de ultraactividad superiores a los previstos en la Ley, así lo establece la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de Julio de 2013 que se ha pronunciado a favor de la validez de cláusulas previas a la entrada en vigor de la norma, «La pauta fundamental ya fue avanzada: *la regla de la ultraactividad limitada no es absoluta ni imperativa[...]*Esta primera línea argumental, basada en la literalidad de las normas legales, es la que permite a buena parte de la doctrina laboralista, defender que las cláusulas de ultraactividad pactadas antes de la reforma son válidas en sus propios términos, sin ningún cuestionamiento ni afectación de la nueva ley, que no impone su nulidad sobrevenida.»⁽⁹⁴⁾.

Si atendemos al tenor literal de la norma con independencia del momento del pacto en contrario debiera ser de aplicación; sin embargo «*Son fuertes los argumentos en virtud de los cuales el pacto en contrario no puede valer para los convenios anteriores a la reforma al entender que en la mayoría de los casos se limita a repetir el texto de una norma derogada y en todo caso no puede inferirse la existencia de una conformidad en las partes anterior a la existencia de la norma, cuando no conocían el alcance de la misma. Con la particularidad de que ya la propia norma establecida por sí y sin necesidad de pacto la ultraactividad indefinida*»⁽⁹⁵⁾; a mi humilde juicio, el hecho de que replicasen la norma ahora derogada no quita fuerza al pacto alcanzado, el repetir la norma puede verse como una forma desde la negociación colectiva de prevenir movimientos legales no deseados por los firmantes, ya que por sí mismo el convenio tiene fuerza jurídica el hecho de que replique exactamente lo previsto en la ley carece de importancia; ¿si un convenio replicase exactamente a otro y ese otro perdiera vigencia el primero debería perderla también? carecería de sentido, aun cuando los firmantes desconocían el alcance futuro de tal cláusula igual que desconocen de otras.

En definitiva tal como establece la sentencia «*No obstante, con carácter general y sin perjuicio del examen casuístico, consideramos que, fuera para plasmar una específica y consciente regulación o para incorporar sin más el régimen legal -pero no limitándose a remitirse al art. 86.3 ET, que ha de integrarse con la ley en cada momento vigente-, en ambos casos las partes estarían manifestando su expresa voluntad respecto de la vigencia del convenio tras su denuncia, algo que viene siendo dispositivo desde que así lo estableció la Ley 11/1994. No se habrían limitado a dejar que operara la regla legal subsidiaria, sino que, estando en sus manos exceptuarla, habrían explicitado que optaban por hacerla suya y asumirla como propia. El que la técnica utilizada a estos efectos pudiera haber pasado por reproducir parcialmente la redacción entonces vigente del art. 86.3 ET no podría enervar esta conclusión, puesto que no estaríamos, ni podríamos estar, ante la mera transcripción de un precepto que siempre ha albergado en su texto una referencia expresa al pacto en cuyo defecto*

⁹⁴.- Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia de 23 Jul. 2013, rec. 205/2013.

⁹⁵.- FERNÁNDEZ BUSTILLO, J.A. (2013, Octubre) “*En torno a la ultraactividad de los convenios colectivos tras la reforma del año 2012*” Diario La Ley Nº 8177, Sección Tribuna. Editorial LA LEY.

opera la regla legal.»⁽⁹⁶⁾. Dejando a un lado lo anterior hay que matizar que la ley solo prevé esa pérdida de vigencia a partir de la denuncia del convenio, por lo que aquellos convenios que no se denuncien se prorrogarán de acuerdo al artículo 86.2 de ET de año en año.

La cuestión de mayor interés a la hora de tratar el fin de la vigencia de la ultraactividad del convenio es cómo afecta a los contratos individuales, en principio parece muy claro que las condiciones pactadas y establecidas en el contrato individual no se verían afectadas en la medida de que el contrato establece las condiciones de la prestación de trabajo; por otra parte aquellos contratos que referencian al convenio de aplicación pudiera llegar a pensarse que perderían las condiciones recogidas en el convenio vencido, pero sin embargo no debe ser así *«Porque de acuerdo con una doctrina y que se denomina «contractualista» o «continuista», las condiciones establecidas en convenio quedan incorporadas a su contrato, en el momento de su firma, y por lo tanto rigen durante la vigencia del mismo»*⁽⁹⁷⁾, por ello hay que entender que el referido convenio al que menciona el inicial contrato es el mismo que cuando se firmó al quedar reflejadas las condiciones contenidas en el convenio dentro de él, sin establecer una dependencia directa de su mantención a la vigencia del contrato sino más bien que el contrato se constituye como una entidad separada, que de acuerdo al convenio de aplicación pervive con las mismas condiciones hasta su irremediable final.

Por tanto para todos aquellos trabajadores ya contratados con anterioridad a esa pérdida de vigencia les serán de aplicación las mismas cláusulas que venían contenidas en el convenio vencido; y para todos aquellos que sean de nuevo ingreso les serán de aplicación las cláusulas contenidas en el convenio de ámbito superior o en su defecto en el Estatuto de los Trabajadores, creando de una manera poco sutil dos grupos de trabajadores diferenciados, uno de los cuales previsiblemente discriminado; desconozco hasta qué punto el criterio temporal justifica una colisión de tanto calibre con el derecho de igualdad, ya que la diferencia de trato se basa en algo tan arbitrario como en lugar de contratar hoy se hace mañana que será de aplicación un convenio menos garantista; a este respecto la STS de 4 de Noviembre de 2008 establece el principio de a igual trabajo igual salario eliminando consecuentemente la doble escala salarial, que consistiría en imponer distinto salario en función a la fecha de contratación; por tanto por el principio de igualdad recogido como derecho fundamental los nuevos contratos en aquellas empresas que ya tengan plantilla deberán establecer las mismas condiciones a todos los trabajadores, sin perjuicio de la aplicación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo presente en el artículo 41 del ET la cual podría usarse como forma de igualar a la baja las condiciones de todos los trabajadores. *«Puede acudir en caso de existencia de las circunstancias del art. 41 del Estatuto, a la modificación unilateral siguiendo previamente el procedimiento marcado en dicho artículo en el que en definitiva la resolución definitiva depende del empresario y no necesita ni ser pactada ni establecerse mediante arbitraje. A salvo la posterior revisión judicial de la medida.»*⁽⁹⁸⁾.

⁹⁶.- Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia de 23 Jul. 2013, rec. 205/2013.

⁹⁷.- FERNÁNDEZ BUSTILLO, J.A. (2013, Octubre) Op. Cit.

⁹⁸.- Ibídem.

Por tanto serían de aplicación las mismas condiciones salvo que se acuda a la modificación sustancial o que la empresa no tuviera más trabajadores, con lo que la discriminación no existiría y por tanto sería de aplicación directa las condiciones del convenio superior o del ET.

En conclusión la nueva ultraactividad contribuye a la flexibilidad en la medida de que favorece la negociación, aunque sea tan sólo de prórrogas, y obliga a las partes a negociar las nuevas condiciones que en caso de situaciones económicas negativas puede ser una urgencia.

4.1.3. Prioridad aplicativa del convenio de empresa.

Los primeros pasos hacia la prioridad aplicativa del convenio de empresa se dan con el RDL 7/2011 que por primera vez rompe las reglas de no concurrencia de convenios, «*El principio general de no concurrencia y sus excepciones son, en el RD-Ley 7/2011 disponibles por acuerdo o convenio ex art. 83.2 ET*»⁽⁹⁹⁾, en virtud de las preferencias establecidas en el artículo 84 el convenio provincial quedaba en un segundo plano frente al de empresa, en aquellas materias en las cuales se le reconocía esa preferencia. «*El convenio colectivo sectorial estatal u autonómico, o un acuerdo colectivo en la cumbre del art. 83.2 ET, podía excepcionar la regla legal a favor de la aplicación de convenios sectoriales ante conflictos de concurrencia en las materias afectadas*»⁽¹⁰⁰⁾, el sistema instaurado entonces establecía un método a través del cual la negociación colectiva podía acordar una excepción a sí misma ante conflictos de concurrencia.

La reforma introducida por el RDL 3/2012 tramitado como Ley 3/2012 altera el modelo de negociación colectiva «*aun optando por la misma regla, versión 2011, de prioridad aplicativa del convenio de empresa en las materias enunciadas; el nuevo art. 84.2 ET es así una regla de orden público[...] se convierte así, literalmente, en una regla de concurrencia convencional imperativa, de la que no puede disponer un convenio o acuerdo colectivo del art. 83.2 ET*»⁽¹⁰¹⁾, al reconocer una prioridad aplicativa al convenio de empresa 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*” (Art 84.2 del ET) en todas estas materias el legislador descentraliza la negociación colectiva llevándola a ámbitos más cercanos y también más controlados por la empresa con el fin de que

⁹⁹.- MERINO SEGOVIA, A. (2012) “*La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: Las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos*” Revista de Derecho Social nº57 2012, “La Reforma Laboral” Editorial Bomarzo. Página 254.

¹⁰⁰.- LAHERA FORTEZA, J. (2013, Marzo) “*Derecho transitorio de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 2012*” Relaciones Laborales Nº 3, Sección Doctrina. Editorial LA LEY.

¹⁰¹.- Ibidem.

sea más sencillo que la empresa pueda establecer las citadas condiciones en función a su situación concreta.

«La construcción legal perfila una estructura negocial ubicada en dos niveles, sectorial estatal-autonómico, y empresa» ⁽¹⁰²⁾, a través de esta institución parece beneficiarse a las grandes empresas que pueden en la medida que la negociación se lo permita adaptar los salarios, pero sobretodo y más importante afrontar procesos severos de reestructuración en todos los sentidos; por otra parte las Pymes seguirán rigiéndose por los convenios sectoriales, quizás creándose una manifiesta diferencia de trato.

Otra de las cuestiones que se plantean es el efecto que tiene sobre los sindicatos, parece querer alejarse al sindicato más representativo de la negociación, al fin y al cabo la negociación en niveles superiores recae en los más representativos, frente que en la empresa hay mayor presencia de otros sindicatos y de independientes, con menor poder de negociación. *«El deber de negociar se extiende a las unidades originarias, cuya existencia es ajena a la voluntad de los negociadores, pero no a futuras unidades de contratación gestadas por voluntad de una sola de las partes»* ⁽¹⁰³⁾ por tanto es necesaria esa voluntad de negociar por ambas partes, que en el seno de la empresa puede ser o más fácil de alcanzar o más difícil en función de la actitud subjetiva de la representación sindical. Sin embargo el creciente número de convenios de empresa demuestra, no sólo que la medida es aceptada por las partes sino que también tiene un crecimiento cada vez mayor, sobre todo en empresas de cierta entidad. A través de la imperatividad de la prioridad aplicativa del convenio de empresa se pretende que la negociación sectorial no obstaculice los procesos flexibilizadores; entiende la reforma que dejar la regulación de tales cuestiones en la exclusiva mano de sectores más tradicionales es un obstáculo que debe evitarse, aun cuando en esos ámbitos la fuerza negociadora de la parte empleadora está más equilibrada que en el ámbito tan cercano de la empresa.

«La prioridad aplicativa concedida al convenio de empresa está orientada igualmente a la consecución de ese mismo objetivo devaluador, sin que el hecho de que dicha prioridad pueda expandirse a otras condiciones laborales lo desmienta o difumine. Dados los términos de su regulación, no resulta discutible que la devaluación salarial constituye la finalidad primera y esencial perseguida con el reconocimiento al convenio de empresa de una prioridad aplicativa respecto al convenio de sector prius in tempore, excepcionando así la regla de solución de los conflictos de concurrencia entre convenios sectoriales y de ámbito empresarial.» ⁽¹⁰⁴⁾; en efecto si el objetivo fuera otro que la devaluación de todas las condiciones de trabajo mencionadas en el artículo 84.2, la prioridad aplicativa no tendría sentido, ya que cualquiera de los preceptos contenidos en el convenio de empresa que mejorasen a los del de Sector serían de aplicación sin necesidad de prioridad aplicativa, por el simple hecho de ser más beneficiosos.

En conclusión, la prioridad aplicativa del convenio de empresa fomenta la flexibilidad al condicionar las condiciones laborales a una situación reconocida en la empresa por el

¹⁰².-MERINO SEGOVIA, A. (2012) Op. Cit. página 256.

¹⁰³.- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 20 de Octubre de 1997.

¹⁰⁴.- CASAS BAAMONDE, M.E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (2013, Diciembre) "La aplicación de la reforma laboral" Relaciones Laborales Nº 12, Sección Monografías. Editorial LA LEY.

empresario y los representantes de los trabajadores. Además descentraliza la negociación colectiva haciéndola más específica y vulnerable *“la verdadera intención es propiciar la devaluación de las condiciones retributivas situando el centro de la negociación en el punto más alejado de facto del poder sindical, las pequeñas y medianas empresas, que dominan el tejido productivo de la economía española”*.⁽¹⁰⁵⁾

4.2. FLEXIBILIDAD DE SALIDA:

4.2.1. Procedimiento de consultas

El procedimiento de consultas dentro de los despidos por las dimensiones del trabajo apenas se ha podido tratar con propiedad, este apartado viene a completar para el caso del despido colectivo las cuestiones relacionadas con las consultas. El período de consultas se da en aquellas medidas colectivas como la Modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la Movilidad geográfica, y el Despido colectivo; matizar que la Suspensión no tratada en este trabajo por sus limitaciones de espacio requiere un período de consultas con independencia del número de trabajadores afectados. Las consultas en principio no hacen sino introducir las normas recogidas en la Directiva 98/59/CE que prevé la apertura de un período de consultas con los representantes de los trabajadores previas a las decisiones empresariales, en gran medida este período de consultas era suplido por la intermediación de la Autoridad Laboral, siendo consecuentes España nunca fue acusada de incumplir tal directiva, más bien al contrario lo que se recriminaba era ser relativamente obstruccionista, ya que la mediación administrativa dilataba el proceso, si bien lo hacía por cuestiones de interés general, de control del fraude, de la evitación de la fuga de bienes del empresario, etc.

No cabe duda de que el procedimiento a la hora de negociar se agiliza en la actualidad; a ciertas medidas les debe preceder un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores que en el caso del despido colectivo será de 30 días, o 15 en caso de empresas de menos de 50 trabajadores. Las consultas están destinadas a evitar o reducir el número de despidos, en definitiva a la búsqueda de alternativas, y deberán realizarse de buena fe. Se da la opción de sustituir las consultas por un período de mediación o arbitraje, apostando así por las formulas extrajudiciales de resolución de conflictos. El papel de la Autoridad Laboral es asesorar a las partes y asistirles, si así se lo solicitan, y velar por la efectividad del período de consultas. Una vez transcurridos los 30 o 15 días el empresario con acuerdo o sin él podrá proceder al despido, pudiendo ser impugnado judicialmente de forma colectiva o individual. La Autoridad Laboral solo podrá impugnar los acuerdos alcanzados mediante fraude, dolo, coacción, o abuso de derecho.

En cuanto a la negociación, en primer lugar deberá ser una única comisión negociadora, con lo cual se impide que surjan varias comisiones en la empresa según el número de centros; y por otro lado el ámbito será el empresarial, es decir la comisión deberá estar compuesta por la representación de la empresa, al ser el ámbito único se evita una especie de enfrentamiento entre los centros de trabajo, cosa que se utiliza en la negociación. *«En efecto, atender una valoración global del conjunto de la empresa, y no centro de trabajo a centro de trabajo, es una decisión a priori más*

¹⁰⁵.- (2014) “Convenio colectivo de empresa”. Monografías (Lex Nova). La negociación colectiva en la empresa Editorial Aranzadi, SA. Anónimo, ya que en la obra no se atribuye la autoría a nadie.

acertada con el fin de tener un conocimiento cabal de la situación global, su causalidad y las medidas más pertinentes [...] dicha posición de partida no tiene carácter absoluto, puesto que depende de múltiples factores, entre otros, pero el principal de la naturaleza de la causa[...]si la causa invocada es técnica, organizativa o de producción, la valoración de la integridad de la empresa no resulta tan clara, si atendemos a la jurisprudencia social, que con la disciplina anterior ya había declarado que el ámbito de valoración idóneo es el del centro de trabajo.»⁽¹⁰⁶⁾, por tanto deberá tener un ámbito empresarial y único, pero éste puede ser más reducido que la entidad de la empresa siempre y cuando la medida este delimitada a un número concreto de centros de trabajo, en cuyo caso la comisión será integrada por los centros afectados.

El número de miembros de la comisión no podrá exceder de 13 por parte negociadora, el reparto de estos miembros se hará en función al número de trabajadores de cada centro de trabajo, *«la designación de los componentes de la comisión corresponderá a las partes negociadoras o, dicho de otro modo, a quienes ostentan legitimación inicial para formar parte de la comisión negociadora conforme a los términos legales.»⁽¹⁰⁷⁾* Hay que entender que el acuerdo se exige por mayoría de cada una de las partes y que esa mayoría debe representar en todo caso la mayoría de los trabajadores afectados.

En cuanto al momento de constitución de la comisión negociadora, en 2013 se introduce legalmente que el momento de constitución será en un plazo de 7 días desde que la empresa comunique la intención de iniciar alguna medida colectiva que requiera este periodo de consultas. Esta introducción amplía el periodo que se venía aplicando para la constitución de la comisión, además de prever un plazo ampliado para supuestos de centros de trabajo sin representación de 15 días, que responde a la necesidad de elegir una representación que actué en la comisión negociadora.

Dentro de esta negociación se mantiene la preferencia negociadora que tienen las secciones sindicales frente a la representación unitaria, siempre y cuando posean la mayoría de la representación.

En definitiva, el procedimiento de consultas se simplifica y clarifica en su procedimiento ayudando al empresario al otorgarle la capacidad final de decidir sobre la medida, y también al reducir temporalmente el procedimiento, garantizando por tanto una mayor tasa de éxito en las medidas a implantar. Por otra parte se introducen medidas que fortalecen la negociación como son el ámbito único o el plazo de 7 días para la formación de la comisión, todo ello sin deslucir que con acuerdo o sin acuerdo la medida seguirá adelante.

5.- CONCLUSIÓN: *Un rumbo aún por decidir.*

Desde la publicación del libro verde en 2006 estamos asistiendo en Europa a la modificación generalizada de las relaciones laborales hacia la flexibilidad segura. De las medidas analizadas en el presente trabajo observamos que todas ellas están destinadas a conseguir un trabajador mucho más flexible, pero que a la contra ha roto

¹⁰⁶.- MOLERO MARAÑÓN, M.L. (2013, Diciembre); "La incidencia de la reforma de 2013 en las reglas del periodo de consultas." Relaciones Laborales nº12, Sección Monografías. Editorial la Ley.

¹⁰⁷.- Ibídem.

cualquier equilibrio con la seguridad, no solo en lo referente a los derechos y garantías laborales sino también en aquellas cuestiones propias del Estado de Bienestar, ya sean pensiones de Incapacidad Temporal, ya sean servicios públicos de salud, ya sea sistema educativo que en teoría se diseñaron como medios estatales para mantener al trabajador en óptimas condiciones.

El sistema que las normas proclaman pero que las medidas no comparten, es un sistema rotacional formativo, flexible, donde el trabajador rota o alterna momentos de desempleo con momentos de empleo, un empleo rotacional garantizado por su adecuada formación continua; esto se aprecia en las nuevas facilidades para el despido, la causalidad más abierta de éste y los contratos de despido a coste cero que permiten terminar la relación laboral, en teoría para dar paso a otra ⁽¹⁰⁸⁾; y también en que la poca respuesta que le dejan al trabajador ante diversas medidas suele ser rescindir su contrato, también se aprecia en las recientes compatibilidades de prestación con trabajo, y en la nueva y revitalizada importancia de la formación, aunque parezca no ser demasiado efectiva.

Ahora bien es cuanto menos cuestionable que España, con sus nuevas normas laborales, dirija su rumbo hacia la Flexibilidad segura que proponía el libro verde de 2006. A mi juicio el rumbo de las medidas analizadas no es otro que el de una reducción de costes salariales y de limitaciones legales como medio para competir en un mundo globalizado, es decir una desregulación general aprovechada para disminuir salarios. Ese sistema es de facto un sistema flexible más propio de países como EE.UU. o China que de Europa, donde la flexibilidad unida a una presencia inconmensurable de la industria aumenta notoriamente la competitividad nacional; sin embargo España no tiene una economía fundamentada en la exportación industrial, apenas llega al 30% de presencia industrial en el PIB, siendo claramente mayoritario el sector servicios, es decir España tiene una economía de servicios, es tan obvio que me resulta ridículo recordarlo en un trabajo fin de grado, pero por otra parte a tenor de las modificaciones parece haberse olvidado.

Entendiendo que no somos un país industrial sino de servicios, hay que analizar el efecto de ciertas medidas en el global de la economía de servicios. Por ponerlo en palabras sencillas, si los salarios bajan en China no importa ya que su producción se vende fuera del país donde los salarios siguen invariables; a la contra si los salarios bajan en España, al venderse la producción de servicios dentro de España, quienes se ven perjudicados son aquellos empresarios del sector servicios, en su gran mayoría PYMES, con lo cual a la larga se está destruyendo el modelo productivo. Siendo un poco simplista podría decirse que si los salarios han disminuido un 10%, es un 10% que las PYMES dejarán de ingresar, y por asociación un 10% menos de contratación.

Por tanto con la introducción de estas medidas de flexibilidad a mi juicio solo se está capeando un temporal a costa de unos efectos futuros complejos de adivinar, pero muy posiblemente adversos para la economía española. Si España desease ser más competitiva, o al menos estar en mejor situación económica, debería hacer reminiscencia de la burbuja inmobiliaria; durante esa época genial e ilusoria, ya propia

¹⁰⁸.- La introducción de obligaciones al empresario de cara a la búsqueda de empleo cuando realiza un procedimiento de despido colectivo estaría destinado a esa rotación futura de puesto de trabajo.

de las leyendas, los sueldos aumentaron notablemente sobretodo en la construcción, lo cual empujó la economía de servicios hasta niveles totalmente desconocidos. El bajar los sueldos conlleva irremediabilmente menor consumo y por tanto a una situación cada vez peor; por así decirlo estamos en una burbuja inmobiliaria a la inversa, que en lugar de explotar se quedará desinflada. Creo que hasta que no se incentive el consumo interno, con mayores salarios o con menores precios no se crearan puestos de trabajo, y mientras eso no ocurra cualquier medida legal que pretenda crear puestos de trabajo será simplemente inútil.

Bien retomando la idea del sistema rotacional formativo, en principio es un sistema que funciona, de hecho en algunos países europeos funciona notablemente bien, la idea de alternar puestos de trabajo y de tener un curriculum amplio está bastante extendida en los países del norte. Ahora bien, cualquiera que analice cualquier sistema que le guste advertirá varias cuestiones; la primera es que la rotación producida es bastante más rápida que en España, los tiempos de espera entre un empleo y otro no son comparables con el extranjero; la segunda es que su protección social está bastante mejor gestionada, sobre todo los sistemas de intermediación laboral que en España no han acabado de funcionar todo lo bien que se pudiera desear; la tercera, la formación es mejor, no solo la básica sino también la profesional, además de estar mucho mejor orientada, razón por la que España queda siempre en los últimos puestos del informe PISA de la OCDE. Y es que esos tres elementos son la esencia del sistema de Flexibilidad segura, Rotación eficiente de empleos, protección social adecuada e intermediación laboral eficiente, y una buena formación que permita ser viable para muchos puestos de trabajo.

Con ese sistema no se podrá evadir algún que otro empleo precario, pero la teoría establece que tarde o temprano se accederá a un empleo mejor, sobre todo por las garantías formativas que ese sistema debe incluir. Es un sistema que emana de una concepción formativa del trabajo, donde la formación te genera un trabajo y por tanto a mayor formación más trabajos posibles. El problema es cuando no se generan puestos de trabajo, como es el caso de España.

En la actualidad España tiene un sistema productivo de servicios incapaz de generar tantos puestos de trabajo como trabajadores tiene porque no hay tanta demanda de servicios como para dar salida a toda la población, consecuentemente solo crea puestos de trabajo temporales cuando su demanda aumenta, Verano, Semana Santa y Navidad. De lo cual extraigo lo dicho anteriormente de que Más demanda = Más puestos de trabajo, y asociando conceptos, menos salario = menos demanda = menos puestos de trabajo.

Como España no genera puestos de trabajo el sistema rotacional se detiene en seco, con entorno al 25% de desempleo, además en teoría como la formación no está bien orientada (PISA) el abanico de puestos de trabajo se reduce. Con lo cual tenemos un trípode al cual 2 de los elementos fundamentales cojean.

Sin embargo el sistema por el cual ha optado España se aleja de la rotación, no sé si es efecto de una adaptación negligente de la Flexibilidad segura o intencionada, ya que el modelo rotacional formativo está lejos de las medidas implantadas que tienden más a una precarización laboral que permita competir a las empresas exportadoras

olvidándose de los servicios que no se exportan. Si hubieran querido hacer un cambio hacia el modelo de la Flexibilidad Segura hubieran comenzado con una enorme y eficaz reforma del sistema educativo básico y profesional, en lugar de eso reconocen un crédito horario bastante vacío que empezó siendo acumulable por 3 años y ya es por 5, y un reconocimiento del derecho a la formación del trabajador poco desarrollado que no garantiza en nada su competitividad personal en el mercado de trabajo.

En definitiva y por concluir, no se sabe muy bien hacia donde se quieren encaminar, puesto que las exposiciones de motivos de las reformas parecen ir en la dirección del sistema de Flexibilidad segura pero las medidas introducidas van más bien hacia la precarización flexible de las condiciones de trabajo, que es otro modelo de competir bastante alejado del libro verde de 2006 pero que funciona, aunque sea para países en vías de desarrollo industrializados, a costa de las personas, e incompatible con nuestro Estado de Bienestar y modelo productivo.

6.-BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ANALISTA DE RELACIONES INDUSTRIALES (2012, Marzo) *“Una reforma de calado, pero con interrogantes”* Relaciones Laborales Nº 6, Sección Crónica nacional. Editorial LA LEY. (No se especifica el nombre del autor en la publicación, solo la profesión)
- APARICIO TOVAR, J. (2012) *“Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”* Revista de Derecho Social Nº57, “La Reforma Laboral” Editorial Bomarzo.
- BENTOLILA, S. y JANSEN, M. (2012, Septiembre) *“Un primer análisis económico de la reforma laboral de 2012”* Actualidad Laboral Nº 15, Sección Estudios. Editorial LA LEY.
- CASAS BAAMONDE, M.E. (2013, Junio) *“La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos”* Relaciones Laborales Nº 6, Sección Editorial. Editorial LA LEY.
- CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (2012, Agosto) *“Las reformas de la reforma laboral de 2012 (La Ley 3/2012 y el RDL 20/2012)”* Relaciones Laborales Nº 15-18, Sección Editorial. Editorial LA LEY.
- CASAS BAAMONDE, M.E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F.
 - _ (2012, Marzo) *“La nueva reforma laboral”* Relaciones Laborales Nº 5, Sección Editorial. Editorial LA LEY.
 - _ (2013, Septiembre) *“El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo”* Relaciones Laborales Nº 9, Sección Editorial. Editorial LA LEY.
 - _ (2013, Diciembre) *“La aplicación de la Reforma Laboral”* Relaciones Laborales, Nº 12, Sección Monografías. Editorial LA LEY.

- _ (2014, Febrero) *“Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)”* Relaciones Laborales Nº2, Sección Editorial. Editorial LA LEY.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2014) *“El descuelgue: problemas prácticos y primeras experiencias.”* Revista Doctrinal Aranzadi Social Num.11/2014, Parte Informes. Editorial Aranzadi S.A.
- CRUZ VILLALÓN, J.
- _ (2013, Diciembre) *“Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva”* Relaciones Laborales Nº 12, Sección Monografías. Editorial LA LEY.
- _ (2012) *“El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”* Revista de Derecho Social Nº57, “La Reforma Laboral” Editorial Bomarzo.
- DEL REY GUANTER, S. (2013, Febrero) *“Una visión integrada sobre la estructura de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”* Actualidad Laboral Nº 2, Sección Estudios. Editorial LA LEY.
- DURÁN LÓPEZ, F. (2013, Diciembre) *“Despidos económicos y control judicial”* Relaciones Laborales Nº 12, Sección Monografías. Editorial LA LEY.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (2013, Diciembre) *“La aplicación de la Reforma Laboral de 2012 o el anunciado réquiem por la flexiseguridad”* Relaciones Laborales Nº 12, Sección Monografías. Editorial LA LEY.
- IGARTUA MIRÓ, M.T. (2012) *“Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras la Ley 3/2012, de 6 de julio.”* Revista Aranzadi Doctrinal Num.6/2012, Parte Estudio. Editorial Aranzadi S.A.
- FERNÁNDEZ BUSTILLO, J.A. (2013, 24 de Octubre) *“En torno a la ultraactividad de los convenios colectivos tras la reforma laboral del año 2012”* Diario La Ley Nº 8177, Sección Tribuna. Editorial LA LEY.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J (2014, Febrero) *“Comentarios a las medidas de mejora en la empleabilidad y estabilidad de los trabajadores, contenidas en el RDL 16/2013, de 20 de diciembre de 2013”* Relaciones Laborales Nº 2, Sección Legislación. Editorial LA LEY.
- FERNÁNDEZ PALLARÉS, L.E. (2013, Junio) *“Negociación colectiva: algunas cuestiones de interés”* Diario La Ley Nº 8109, Sección Tribuna. Editorial LA LEY.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G. (2013, Febrero) *“La prioridad aplicativa del convenio de empresa: a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre de 2012”* Relaciones Laborales Nº 2, Sección Comentarios de jurisprudencia. Editorial LA LEY.
- GARCÍA MURCIA, J.

- _ (2013, Enero-Febrero) *“Relaciones Laborales. La legislación laboral y social en los últimos meses de 2012: entre la reforma laboral y los nuevos presupuestos del Estado”* Derecho de los Negocios Nº 267, Sección Relaciones Laborales. Editorial LA LEY.
- _ (2013, Diciembre) *“La reforma del despido colectivo: reajustes legales y primeras experiencias de aplicación jurisdiccional”* Relaciones Laborales Nº 12, Sección Monografías. Editorial LA LEY.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2012, Mayo) *“La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: puntos críticos”* Actualidad Laboral Nº 9, Sección Estudios. Editorial LA LEY.
- GARCÍA VIÑA, J. (2013, Noviembre) *“La pérdida de vigencia del convenio colectivo”* Relaciones Laborales Nº 11, Sección Doctrina. Editorial LA LEY.
- GINÈS i FABRELLAS, A. (2013) *“Vigencia de los convenios colectivos anteriores a la Reforma Laboral 2012 con cláusulas de ultraactividad ilimitada (Comentario a la SAN de 23 de julio de 2013, Caso AIR NOSTRUM vs. SEPLA)”*. Editorial LA LEY. (En la versión digital consultada no se especifica la revista de la que es parte)
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ C.
- _ (2012) *“Novedades principales de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.”* Revista Aranzadi Doctrinal Num.5/2012, Parte Comentario. Editorial Aranzadi S.A.
- _ (2013) *“Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo tras la Ley 3/2012, de 6 de julio.”* Revista Aranzadi Doctrinal Num.9/2013, Parte Comentario. Editorial Aranzadi S.A.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2013, Septiembre) *“Nuevas reglas de concurrencia de convenios: la prioridad aplicativa del convenio de empresa”* Relaciones Laborales Nº 9, Sección Doctrina. Editorial LA LEY.
- LAHERA FORTEZA, J.
- _ (2012, Agosto) *“Medidas en contratación laboral y despido en la Ley 3/2012”* Relaciones Laborales, Nº 15-18. Editorial LA LEY.
- _ (2013, Marzo) *“Derecho transitorio de la negociación colectiva tras la reforma laboral 2012”* Relaciones Laborales Nº 3, Sección Doctrina. Editorial LA LEY.
- LÓPEZ GANDÍA, J. (2012) *“Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012”* Revista de Derecho Social Nº57, “La Reforma Laboral” Editorial Bomarzo.
- LÓPEZ LÓPEZ J. (2014, Abril) *“Descuelgue del convenio colectivo y cambio de unidad aplicativa (2012): una interpretación acorde con el modelo constitucional”* Relaciones Laborales Nº 4, Sección Doctrina. Editorial LA LEY.

- MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (2013, Marzo) *“La nueva modalidad procesal de despido colectivo tras la reforma laboral de 2012”* Actualidad Laboral Nº 3, Sección Estudios. Editorial LA LEY.
- MARTÍN VALVERDE, A. (2013, 8 de Marzo) *“El control judicial de los despidos colectivos: puntos críticos”* versión escrita actualizada de la ponencia presentada por el autor a las «XXXII Jornada de Derecho vivo del Trabajo» celebrada en Madrid. Editorial LA LEY.
- MARTÍNEZ BARROSO, M. de los R. (2012, Diciembre) *“Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”* Relaciones Laborales Nº 23, Sección Monografías. Editorial LA LEY.
- MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M. (2013, Mayo) *“Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales”* Relaciones Laborales Nº 5, Sección Doctrina. Editorial LA LEY.
- MELLA MÉNDEZ, L. (2012, Diciembre) *“La suspensión del contrato y reducción temporal de jornada tras las reformas laborales de 2012”* Relaciones Laborales Nº 23, Sección Monografías. Editorial LA LEY.
- MERINO SEGOVIA, A. (2012) *“La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”* Revista de Derecho Social Nº57, “La Reforma Laboral” Editorial Bomarzo.
- MIÑARRO YANINI, M. (2014, Marzo) *“El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia”* Relaciones Laborales Nº 3, Sección Doctrina. Editorial LA LEY.
- MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2013, 2 de Agosto) *“Informe de Evaluación del Impacto de la Reforma Laboral”*. Madrid: Gobierno de España.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L. (2013, Diciembre) *“La incidencia de la reforma 2013 en las reglas del período de consultas”* Relaciones Laborales Nº 12, Sección Monografías. Editorial LA LEY.
- MUÑOZ RUIZ, A.B. (2014) *“Últimas tendencias en la ordenación flexible del tiempo de trabajo en los convenios colectivos de empresa. Algunas reflexiones a la luz del RD-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.”* Información Laboral Num.1/2014, Parte Estudios. Editorial LEX NOVA.
- OLARTE ENCABO, S. (2013, Diciembre) *“La ultractividad de los convenios colectivos antes y después del 8 de julio de 2013. Debate doctrinal y primeras interpretaciones judiciales”* Relaciones Laborales Nº 12, Sección Monografías. Editorial LA LEY.
- ORELLANA CANO, A.M. (2012, Octubre) *“El procedimiento de despido colectivo tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”* Actualidad Laboral Nº 17, Sección Estudios. Editorial LA LEY.

-ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (2013 Diciembre) “*The 2012 Labour Market Reform in Spain: a preliminary assessment*”. ©OECD 2013

- PALOMO BALDA. E. (2013, 8 de Octubre) “*120 sentencias en materia de despido colectivo: un balance provisional*” Diario La Ley Nº 8165, Sección Tribuna. Editorial LA LEY.

- PERÉZ REY, J. (2012) “*El contrato de apoyo a los emprendedores: una vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo*” *Revista de Derecho Social Nº57*, “La Reforma Laboral” Editorial Bomarzo.

- POSE VIDAL, S. (2013, 24 de Octubre) “*La aplicación judicial de la flexibilidad interna*” Diario La Ley Nº 8177, Sección Tribuna, 24 Oct. 2013. Editorial LA LEY.

- SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L. (2013, Diciembre) “*Jurisprudencia tras la reforma laboral: despidos colectivos*” *Relaciones Laborales Nº 12*, Sección Monografías. Editorial LA LEY.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.

_ (2012, Agosto) “*Flexibilidad interna en la Ley 3/2012*” *Relaciones Laborales Nº 15-18*. Editorial LA LEY.

_ (2012, Diciembre) “*La reforma de la negociación colectiva de 2012*” *Relaciones Laborales Nº 23*, Sección Monografías. Editorial LA LEY.

- VALDÉS DE LA VEGA, B. (2012) “*El nuevo espacio de la flexibilidad interna funcional*” *Revista de Derecho Social Nº57*, “La Reforma Laboral” Editorial Bomarzo.

- VARELA AUTRÁN, B. (2013, 31 de Mayo) “*La ultractividad de los convenios colectivos en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado laboral*” Diario La Ley Nº 8095, Sección Documento on-line. Editorial LA LEY.