

JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ

Desequilibrio en la balanza de las relaciones laborales



El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, contiene novedades muy importantes del marco jurídico laboral en España, en materias tales como la contratación, la modificación de condiciones de trabajo, la negociación colectiva o la extinción de contratos y supone un nuevo paso en el proceso de reformas de las leyes laborales. Su extensión es una de las reformas más profundas y aunque guarda cierta similitud con las de 2010 y 2011 en cuanto a que atiende a exigencias internacionales e incide sobre las mismas materias, difiere de ellas por cuanto el Gobierno no ha abierto un previo proceso de consultas, ni de concertación con las organizaciones sindicales y empresariales respecto de los objetivos y de las medidas que se contienen en el Real Decreto-Ley, habiendo intervenido a los pocos días de la firma del Segundo Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva (2012-2014) que tuvo lugar el 25 de enero, limitándose a acoger el nuevo RDL algunas de las sugerencias del Acuerdo pero sin atenerse a las pautas del mismo; y de otro lado viene a reforzar notablemente los poderes empresariales, ampliando los espacios de decisión unilateral del empleador en relación tanto con las medidas de flexibilidad interna como con las de flexibilidad externa y aliviando notablemente los costes del despido.

El Real Decreto-ley 3/2012 reforma parcialmente las leyes básicas del ordenamiento laboral: el Estatuto de los Trabajadores, la Ley 14/1994, de 1 de junio

JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ es Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y Patrono de la Fundación Emilio Barbón

por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994 y su Ley reformadora 27/2011, de 1 de agosto, el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y la reciente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Pero la mayor extensión e intensidad reformadora actúa sobre el Estatuto de los Trabajadores.

En este estudio no se pueden abordar con detalle todas las cuestiones que plantea la reforma, de ahí que solo quepa analizar las novedades más significativas, que quedan sintetizadas en los siguientes apartados.

INTERMEDIACIÓN

En esta materia la novedad mas importante siguiendo la linea de reformas iniciada en 1994 es que las Empresas de Trabajo Temporal podrán actuar como agencias privadas de colocación como medida para favorecer la empleabilidad de los trabajadores (art.16.3 ET; art.1 Ley 14/1994, LETT), presentando una «declaración responsable» (al servicio público de empleo competente) por la que se acredite el cumplimiento de los requisitos de la Ley 56/2003, de Empleo y sometiéndose a las reglas sobre autorización del servicio público de empleo para actuar como agencia privada de colocación, incluida la garantía de gratuidad del servicio para los trabajadores (art.21 bis. 2 y disposición adicional segunda de la Ley 56/2003).

FORMACION PROFESIONAL

Las principales novedades normativas son las siguientes: 1ª) En primer lugar, se reconoce el derecho del trabajador a la formación profesional dirigida a «*su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo*» (nuevo Art. 4.2b) del ET), a ofertar obligatoriamente por el empresario con carácter previo a la extinción contractual objetiva «*por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo*» (nuevo Art. 52 b) del ET), no pudiendo producirse la extinción hasta que hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación.

2ª) En segundo lugar, el reconocimiento de un derecho a los trabajadores con una antigüedad mínima en la empresa de un año a disfrutar de un permiso retribuido de 20 horas anuales de «*formación vinculada al puesto de trabajo*, acumulables por un periodo de hasta tres años», debiéndose fijar de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario la concreción de su disfrute (nuevo Art. 23.3 del ET) y decidiendo, en caso de discrepancia, la jurisdicción social

La reforma extrae la formación profesional en el empleo o «continua» de los mecanismos de gestión colectiva, de los sindicatos y asociaciones empresariales pues se

reconoce a los centros y entidades de formación debidamente acreditados el derecho a participar en el diseño y planificación del subsistema de formación profesional para el empleo, y no solo a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas [art. 26.1.c de la Ley de Empleo].

Se atribuye al trabajador una cuenta de formación asociada a su número de afiliación a la Seguridad Social en la que los Servicios Públicos de Empleo anotarán la formación del trabajador a lo largo de su carrera profesional (nuevo apartado 10 del art. 26 de la Ley de Empleo), que espera un desarrollo reglamentario (disp. final 2.^a).

Contrato para la formación y el aprendizaje [art.11.2 ET]

De nuevo es modificado el art. 11-2 ET, que ya lo había sido por el RD 10 /2011 siendo los cambios más relevantes la duración máxima legal del contrato que se eleva de dos años a tres años (nuevo Art. 11.2 b) del ET); que podrán realizarse con trabajadores menores de 30 años hasta que la tasa de desempleo descienda al 15% , sin que sea de aplicación el tope de 25 años del Art. 11.2 del ET (Disposición Transitoria Novena del RDL) y los discapacitados sin límite de edad y que se admite la posibilidad de ser contratado para la formación y el aprendizaje más de una vez, pero para actividades laborales u ocupaciones distintas incluso por la misma empresa (nuevo Art. 11.2 c) del ET).

De otro lado se permite recibir la formación (teórica) en la propia empresa cuando la misma dispusiera de las instalaciones y el personal adecuados y se modifican los límites legales al tiempo del trabajo efectivo que no podrá ser superior al 75 por 100 durante el primer año o al 85 por 100 durante el segundo y tercer año (nuevo Art. 11.2 f) del ET).

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El RD-Ley introduce como gran novedad en relación con la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, de grupos de empresa o de empresa en red, respecto del convenio sectorial de ámbito estatal, autonómico o de ámbito inferior en determinadas materias establecida en la reforma de 2011, que «los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el Art. 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista para los convenios colectivos de empresa»(art.84-2), norma que garantiza la salvaguarda absoluta de dichos convenios y que supone el espaldarazo definitivo a la descentralización de la negociación colectiva. Esta nueva regulación mejora la adaptabilidad de la empresa a las nuevas circunstancias económicas, al poder introducir rápidas modificaciones en materia de salarios, tiempo de trabajo y de otras

condiciones, pero tiene el inconveniente de la mayor debilidad del sindicalismo de empresa frente al de sector.

La ultra actividad del convenio

El Art. 86.1 ET mantiene la regla tradicional conforme a la cual «corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo pactarse períodos de vigencia distintos para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio».

El Art. 86.3 ET en su párrafo segundo admite la posibilidad de que las partes legitimadas para la negociación del convenio puedan adoptar acuerdos parciales para la modificación del alguno de sus contenidos prorrogados, acuerdos parciales que, mientras se negocia el nuevo texto del convenio, tendrán la vigencia que las partes determinen

En caso de denuncia se mantienen las reglas sobre la vigencia del convenio establecidas por la reforma de 2011 si bien donde ésta establecía un plazo máximo para la negociación, vencido el cual sin acuerdo, se mantenía la vigencia del convenio anterior, ahora se dispone que «transcurridos 2 años desde la denuncia, sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá su vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior». Con ello el legislador pretende evitar «la petrificación de las condiciones de trabajo», tratando de evitar que se perpetúen las situaciones de hecho mucho tiempo después de que el convenio haya vencido, sin que la reforma limite el derecho de los negociadores, respecto de la duración de los convenios pues en el caso de que un convenio colectivo hubiera concluido su vigencia y mediara denuncia de una de las partes, la prórroga se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.

El descuelgue de las condiciones de trabajo

El legislador sobre el contenido del Art. 82.3 ET para extender el régimen jurídico del descuelgue salarial a otras condiciones de trabajo con lo que también el descuelgue por razones técnicas, productivas u organizativas, en definitiva, por meras razones de competitividad o productividad, aunque la situación económica de la empresa no sea desfavorable.

En la regulación anterior el descuelgue venía referido exclusivamente al régimen salarial y ahora el descuelgue puede afectar no solo «al sistema de remuneración» sino a la cuantía del salario, que puede ser modificado a la baja y además de los salarios, ahora el descuelgue también a la jornada de trabajo; horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de trabajo y rendimiento; funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 y a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

La segunda variación que se introduce viene referida a las causas que habilitan para el descuelgue, de modo que ahora ya no serán solo las económicas, sino que se admiten también las organizativas, técnicas o de producción y se modifica asimismo la definición de causa económica, considerando que concurre esta causa «cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas», entendiéndose, en todo caso, que la disminución es persistente «si se produce durante dos trimestres consecutivos».

Por otra parte, la excepción se podrá aplicar en supuestos en los que la situación económica de la empresa no sea negativa —cabe incluso que tenga beneficios estables o crecientes—, alegando razones técnicas, organizativas o de producción en vistas a una «mayor competitividad o productividad», para la reducción de costes. La definición de estas nuevas causas es idéntica a la contenida en el art. 51 para los despidos colectivos.

En cuanto al procedimiento de descuelgue se opta por acuerdo en la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo, previo el desarrollo de un periodo de consultas en los términos establecidos en el Art. 41.4 (Art. 82.3). En el caso de que en la empresa haya representantes de los trabajadores, estarán legitimados para negociar el descuelgue el Comité de Empresa y los delegados de personal o, en su caso, las representaciones sindicales si las hubiere, siempre que en este último caso sumen la mayoría de los miembros del Comité y si no existen representantes de los trabajadores la Ley 35/2010 introdujo la posibilidad de que los trabajadores designen un comisión que los represente durante la negociación que estará integrada por hasta un máximo de tres miembros elegidos por los trabajadores en la propia empresa. Con esta regulación las posibilidades de fiscalización por parte de los sindicatos, del procedimiento de inaplicación en las empresas pequeñas, se diluye sustancialmente.

Por último, el Art. 82.3 determina que si el periodo de consultas termina con acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, de forma que tal acuerdo solamente podrá ser impugnado ante los tribunales en los casos de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Este acuerdo de inaplicación ha de ser comunicado a la Comisión paritaria del convenio y a la Autoridad laboral y su vigencia temporal se extenderá hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio aplicable a la empresa.

En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión Paritaria del Convenio y si las partes finalizan el periodo de consultas sin acuerdo, y tampoco se someten a los procedimientos de mediación y arbitraje señalados, para desbloquear la situación, se faculta

a someter la discrepancia a la Comisión Consultiva nacional de convenios colectivos (cuando el acuerdo de inaplicación afecte a centros de trabajo de la misma empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma), y en otro caso al órgano correspondiente de las CC.AA. A este órgano tripartito, con presencia de la Administración, le corresponde desbloquear la situación pudiendo designar un árbitro al efecto, y a esta resolución se le va reconocer la misma eficacia que el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas y solo se podrá impugnar por el procedimiento y en base a los motivos del art. 91. (los previstos para impugnar los convenios).

Contrato de apoyo a los emprendedores

En la materia de las modalidades de contratación la reforma se ha suprimido el contrato para fomento de la contratación indefinida, que una vez que se generalizó la indemnización de 33 días por año con 24 mensualidades a todos los contratos y a todos los despidos improcedentes (objetivos o disciplinarios) y ha introducido una modalidad nueva, el contrato indefinido para apoyo a los «emprendedores», aunque puede ser utilizado por empresas que ya existen.

Este nuevo contrato se va a poder celebrar con cualquier trabajador, esté des- empleado o no, pero solamente se hallan autorizados a celebrarlo «las empresas que cuenten con menos de 50 trabajadores» en el momento de producirse la contratación. Lo que supone que van a poder celebrarse en la mayoría porque más del 99% de las empresas españolas tienen un plantilla inferior a esa cifra.

El contrato ha de celebrarse a tiempo completo. No se admite la modalidad a tiempo parcial; y además ha de formalizarse por escrito de acuerdo con el modelo oficial establecido al efecto. De no observarse la forma escrita, se aplicará el Art. 8 del ET, y el contrato se considera celebrado por tiempo indefinido ordinario, con el periodo de prueba previsto en el Art. 14.

La virtualidad de este nuevo contrato se centra en el periodo de prueba, cuya duración será «en todo caso de un año», se trata de una norma imperativa y, por tanto, no cabe la posibilidad de alterarlo por la vía del convenio colectivo o del contrato.

El periodo de prueba viene regulado en el Art. 14 del ET. cuyo apartado 1^a establece que «podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados» .

Los convenios colectivos a su vez regulan periodos de prueba de duración variable, en función de la naturaleza del empleo y la cualificación exigida.

La jurisprudencia, interpretando estos preceptos, ante un supuesto de hecho en el que se dilucidaba la razonabilidad de un periodo de prueba de un año pactado en convenio colectivo para el «Personal Grupo Ventas y la necesidad de llevar a cabo un período de formación adecuado», señaló que «la finalidad del período de prueba es la experimentación «sobre el terreno», mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes, siendo sus funciones manifiestas la comprobación de la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado, teniendo mayor significación estas funciones en los trabajos cualificados y de dirección o supervisión, que en otros menos cualificados y tiene, consustancialmente, un carácter de temporalidad y provisionalidad, y de ahí, que sea razonable, que su duración sea por lo general, breve»; y terminó concluyendo que «no era razonable que el empresario necesitase de un periodo de prueba tan largo».

A la vista de ello, el periodo de prueba, como elemento esencial de este nuevo contrato indefinido para emprendedores, no parece una previsión razonable y desnaturaliza la institución en la medida en que se generaliza para todos los sectores de actividad y para cualquier clase de empresa y trabajador. Como hemos visto, salvo que se trate de funciones complejas e importantes, ha de tener unos límites razonables y por definición breves, de pocos meses de duración. En realidad, se trata de un contrato sometido a un plazo inicial de un año en el que el despido es libre (libertad de desistimiento sin causa, sin preaviso y sin indemnización).

Para propiciar la utilización del nuevo contrato, el legislador no solo ha alterado su régimen jurídico, sino que también le aplica una variada gama de incentivos: básicamente incentivos fiscales y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social. Así contempla un primer incentivo fiscal de 3.000 euros para aquellas empresas que contraten a su primer trabajador siempre que este sea menor de 30 años.

Adicionalmente si el trabajador contratado es beneficiario de la prestación de desempleo en su modalidad contributiva, puede aplicarse una deducción fiscal equivalente al 50 % de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir, siempre que el trabajador ya haya percibido al menos 3 meses de prestaciones, y con el límite de 12 mensualidades.

La tercera ventaja consiste en que cuando se contrata a un trabajador perceptor de la prestación de desempleo, este va a poder compatibilizar cada mes el salario con la percepción del 25% de la prestación por desempleo.

CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

El contrato de trabajo a tiempo parcial es el que se celebra para la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable

La reforma de 2012 se aparta de las anteriores en esta materia y con la finalidad de hacer más atractiva la figura, trata de flexibilizar el contrato y admite la posibilidad de realizar horas extraordinarias. El número de horas extras realizadas será el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada; es decir, si se realiza una jornada equivalente al 50%, el trabajador podrá realizar como máximo 40 horas extras anuales; este límite no supone nada nuevo, puesto que el Art. 35 ET ya preveía que el número máximo de horas extraordinarias al año se reduciría en proporción cuando se realizase una jornada en cómputo anual inferior a la ordinaria de la empresa. En todo caso, la suma de horas ordinarias, complementarias y extraordinarias no podrá exceder del límite máximo legal del trabajo a tiempo parcial definido en el Art. 12 del ET.

TRABAJO A DISTANCIA

En el nuevo art. 13 ET se define así: «se considera trabajo a distancia aquel en el que la prestación de la actividad laboral se realiza, preponderantemente, en el domicilio del trabajador o en un lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa».

En la nueva redacción la exigencia de la forma escrita se mantiene, y se completa con las reglas del Art. 8.3 ET sobre la entrega de una copia básica del contrato a los representantes de los trabajadores en el plazo de 10 días siguientes a su celebración.

El nuevo Art. 13 establece que tendrán derecho a percibir, «como mínimo», a la retribución total establecida para un trabajador presencial de su mismo grupo profesional y funciones así como que se hace realidad asegurando el acceso a la formación profesional continua y el derecho a ser informado de la existencia de puestos de trabajo presenciales vacantes en el centro de trabajo. En materia de representación colectiva se exige que el trabajador esté adscrito a un centro concreto de la empresa y en materia de seguridad y salud se establece la obligación empresarial de la aplicación de la Ley 31/95 de prevención de riesgos laborales y su normativa de desarrollo.

Movilidad funcional

La reforma laboral de 1994 permitió que la estructura profesional en la empresa se hiciese por categorías o por grupos profesionales, insistiendo en el Art. 39 ET en que la movilidad funcional ordinaria se podía imponer dentro del grupo.

El legislador de 2012 ha suprimido en el Art. 22 ET la mención a las categorías profesionales, quedando como única referencia válida la del grupo profesional. Consecuentemente las normas del Art. 39 sobre encomienda de trabajos de inferior categoría y sobre consolidación de la categoría superior por realización de trabajos de esta última categoría durante cierto tiempo se cambian para referirse exclusivamente

a los grupos en lugar de categorías equivalentes, como límite a la facultad empresarial de movilidad funcional ordinaria de modo que al ser el concepto de grupo es más amplio que el antiguo de categoría con ello se incrementan las facultades de decisión del empleador. Finalmente, la Disposición Adicional Novena del RDL establece el plazo de un año para que los convenios colectivos en vigor adapten su sistema de clasificación profesional a los grupos profesionales.

Movilidad geográfica

Antes de la reforma, se decía que las causas que podían justificar un traslado debían ser económicas, organizativas, técnicas y productivas, añadiendo que se entendía que concurrían esas causas, «cuando la adopción de la medida propuesta 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» es decir, se condicionaba la validez de la medida a la acreditación de una mejora efectiva en la situación de la empresa. Ahora esta definición de las causas se suprime y se sustituye por un texto más breve: se considera que son causas económicas, organizativas, técnicas y productivas «las que estén relacionadas con la competitividad, productividad o con la organización técnica o del trabajo en la empresa». se potencia al máximo la movilidad geográfica y correlativamente disminuye la seguridad jurídica de los trabajadores, al pasar a ser «el lugar de trabajo» una variable más en manos del empresario.

De otro lado y en esta misma línea de eliminar límites al poder directivo empresarial, se suprime la facultad de la Administración para demorar los traslados colectivos hasta 6 meses cuando mediaran razones económicas o sociales que así lo aconsejaran.

Modificaciones Sustanciales de las condiciones de trabajo:

El Art. 41.1 define las razones que justifican una modificación sustancial de las condiciones de trabajo con la misma fórmula de la movilidad geográfica.

En cuanto al ámbito la reforma procede a deslindar el ámbito objetivo de la modificación sustancial, sacando del Art. 41 la modificación de las condiciones de trabajo que hayan sido pactadas en un convenio colectivo estatutario, que deben seguir la vía del Art. 82.3 ET para el descuelgue salarial; las modificaciones sustanciales a las que se refiere ahora el Art 41.2 son las «reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos».

Entre éstas, por decisión unilateral del empresario la ley menciona ahora «la

cuantía del salario». El límite estará en el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación (si éste existe) y, por supuesto, en el salario mínimo interprofesional.

Otra de las novedades más significativas del RD. Ley es la delimitación entre las modificaciones de carácter el número de trabajadores afectados por la medida. Antes, determinadas modificaciones se consideraban siempre colectivas, independientemente del número de trabajadores afectados: si procedían de un pacto o acuerdo colectivo o decisión empresarial de efectos colectivos era siempre colectiva. En cambio en otras materias (horario y funciones), al igual que en los traslados, las modificaciones eran colectivas en función del número de afectados. Ahora el criterio se unifica de manera que sea cual sea la materia, siempre se va a utilizar como criterio diferenciador el número de trabajadores afectados.

La diferencia entre lo colectivo e individual es importante, no solamente por el cauce procesal a seguir para impugnación de la medida, al quedar restringida la vía del conflicto colectivo o la recurribilidad de la sentencia dictada en impugnaciones individuales a las modificaciones colectivas, sino también porque en el caso de modificaciones o traslados colectivos, la validez de la decisión empresarial se subordina a un periodo previo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de 15 días.

Además se introducen otros cambios, así el plazo de preaviso al trabajador en las modificaciones sustanciales (no en los traslados), de 30 a 15 días en las modificaciones individuales y de 30 a 7 días desde la finalización sin acuerdo del periodo de consultas en las colectivas y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que se ajusten al Art. 41 (en el fondo y en la forma) no justifican la resolución del contrato por la vía del art 50.1 ET.

De otro lado, ahora se le da al trabajador la posibilidad de rescindir el contrato de trabajo con indemnización de 20 días por año (máximo 9 meses), no solo en los casos anteriormente previstos (traslados geográficos y modificaciones de jornada, horario y turnos), también en las modificaciones de salarios y funciones. De modo que solamente quedan fuera las modificaciones que afecten al «sistema de trabajo y rendimiento»; además, si se ha producido un incumplimiento grave del artículo 41, incluso en el ámbito procedimental, y con ello se menoscabó la dignidad del trabajador este puede pedir la resolución del contrato con la indemnización propia del despido improcedente.

LAS SUSPENSIONES DE CONTRATO Y REDUCCIONES DE PLANTILLA

El RD.L también ha introducido importantes reformas en su regulación, tanto en cuanto a las causas que los motivan, como en el procedimiento que se ha de seguir, con la finalidad en ambos casos de facilitar la adopción de la medida.

Las causas justificativas siguen el denominador común de los despidos colectivos, y por tanto no referiremos a ellas al hablar de estos despidos; en congruencia con la supresión de la autorización administrativa previa para los despidos colectivos, también se ha liberado al empresario de dicho trámite para las suspensiones y reducciones de jornada de carácter temporal.

En cambio, al regular el periodo de consultas, en lugar de remitir al procedimiento establecido para los despidos colectivos, procede a regular dicho trámite de forma autónoma, de forma más próxima a lo establecido para las modificaciones sustanciales de carácter colectivo:

La duración del periodo será de 15 días, sin distinguir entre empresa de más o menos 50 trabajadores.

El informe de la Inspección de Trabajo, sobre los extremos de la comunicación empresarial y sobre el desarrollo del periodo de consultas, será de 15 días desde la finalización del periodo de consultas, en lugar de 10 días como hasta ahora (Art. 12.7 RD 801/11).

Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con los despidos colectivos por esas causas, para cuya impugnación colectiva se ha creado un procedimiento especial en el artículo 124 de la LRJS, la impugnación de las decisiones de suspensión o reducción de jornada, siguen el mismo procedimiento que la impugnación de las decisiones empresariales de modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica: el regulado por el artículo 138 de la LRJS, cuando se trata de impugnaciones individuales, y el del Art. 153 de los conflictos colectivos, cuando la medida la impugna un sujeto colectivo.

DESPIDO

Despido colectivo.- A través de sus diversos apartados EL RD. Ley va a modificar profundamente la normativa sobre despido colectivo (antiguos ERES), pero sin duda alguna la principal de estas modificaciones es la supresión de la autorización administrativa previa que nos homologa con los países de nuestro entorno europeo, puesto que solamente está prevista en algunos de los Estados miembros de la UE. Y que viene acompañada de una nueva definición de las causas y de una nueva modalidad procesal para la impugnación judicial de estos despidos.

En la nueva regulación subsiste el criterio numérico-temporal de los trabajadores afectados para deslindar los despidos colectivos de los despidos individuales así como los mecanismos de control: tendrá la consideración de despido colectivo aquel que afecte, en un período de noventa días, a 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; al 10 % por ciento de la plantilla de la empresas

que ocupen entre cien y trescientos trabajadores o a 30 trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos.

Se continúa considerando igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a 5, y vaya acompañado de la cesación total de la actividad empresarial.

En cambio, si es objeto de modificación las causas que definen e integran el supuesto extintivo del Art. 51 pueden ser o bien causas económicas, o bien causas técnicas organizativas o de producción.

En concreto en la causa económica la modificación se proyecta en una doble dirección: de un lado, antes de la reforma las pérdidas o la disminución de ingresos debían afectar a «la viabilidad de la empresa o a su capacidad para mantener el volumen de empleo» y además, la empresa tenía que justificar no solo la concurrencia de la causa, sino que la decisión de extinguir los contratos era una medida razonable en vistas a «preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado» y de otro antes se hablaba de tres clases de pérdidas, «actuales», «previstas» y «la disminución persistente del nivel de ingresos», y ahora, también se puede tomar en consideración «la disminución persistente de su nivel de ventas», y se vincula a un breve periodo de referencia, «tres trimestres consecutivos».

En cuanto a las causas técnicas organizativas o de producción la nota más destacada es que los supuestos que se mencionan en la norma tienen un carácter meramente enunciativo, entre las causas organizativas se mencionan ahora: los cambios que se puedan producir «en el modo de organizar la producción», la norma acoge así un supuesto que ya había sido admitido por la jurisprudencia, el TS venía defendiendo el criterio de que dentro de esta causa cabían los supuestos de descentralización productiva siempre que el mismo pudiera justificarse en términos de eficiencia empresarial, y no persiguiera meramente una disminución de salarios.

Desaparece en estas medidas el elemento finalista pues antes junto a la acreditación de la causa se requería que el empresario justificase la razonabilidad de la medida en vistas a «prevenir una evolución negativa de la empresa» o bien de cara a «mejorar su posición competitiva en el mercado o dar una mejor respuesta a la demanda» mediante una más adecuada organización de los recursos y ahora el legislador, según reza el preámbulo, «se ciñe a delimitar las causas económicas, técnicas organizativas o de producción, suprimiendo otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre, al incorporar proyecciones de futuro, de muy difícil prueba, y que habían dado lugar a una valoración finalista de estos despidos por los tribunales, en numerosas ocasiones»; es decir, el examen judicial ha de centrarse en la concurrencia de la causa

Con todo, como ya dijimos, la principal novedad de este nuevo régimen de despido colectivo es que el empresario podrá adoptar su decisión extintiva sin requerir la previa autorización de la autoridad laboral, aunque su decisión podrá ser impugnada ante la jurisdicción social.

El despido colectivo debe ir precedido de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, de una duración no superior a 30 días naturales en el caso de empresas de más de 50 trabajadores o de 15 si tiene menos.

En la comunicación de apertura del periodo de consultas el empresario habrá de especificar:

- 1º) la causa o las causas del despido colectivo.
- 2º) el número y la clasificación profesional de los trabajadores afectados y los criterios seguidos para su selección.
- 3º) El plazo previsto para implementar los despidos.
- 4º) La comunicación habrá de ir acompañada de una memoria explicativa de las causas y de dichos extremos.

El período de consultas puede terminar con acuerdo o sin acuerdo. Si media acuerdo, aparte de la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, se puede pactar también la prioridad a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad, personas con discapacidad.

En caso de que no se alcance un acuerdo, el empresario remitirá a los representantes de los trabajadores la decisión final que haya adoptado sobre el despido colectivo y las condiciones del mismo. Esta decisión del empresario es ejecutiva, de modo que una vez comunicada a los representantes de los trabajadores, el empresario ha de notificar el despido a los trabajadores individualmente afectados por la medida en los términos establecidos en el art. 53 ET para los despido objetivos, con la salvedad de que en lugar del preaviso de 15 días, deberá mediar un plazo mínimo de 30 días entre la fecha de comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido.

Además, cuando el despido colectivo afecte a más de 50 trabajadores el empresario debe ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa. Dicho plan, que ha de estar diseñado para un periodo mínimo de 6 meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, y de atención personalizada, y su coste será de cuenta exclusiva del empresario.

La supresión de la autorización administrativa previa no quiere decir que haya desaparecido el papel de la Administración sino que se transforma pues se le asigna la función de tutelar del interés público y a tal efecto se prevé que el empresario comunique a la Autoridad la iniciación del periodo de consultas, y ha de recabar un

informe de la Inspección sobre los extremos de la comunicación y sobre el desarrollo del periodo de consultas y, finalizado éste, el empresario debe comunicar a la Autoridad laboral el resultado del mismo; y si considera que ha existido dolo, fraude, coacción o abuso de derecho, o bien el SPEE le informa que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones de desempleo por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa legal, podrá impugnarlo ante la Jurisdicción Social.

En cuanto al procedimiento, una nueva modalidad procesal para la impugnación de estos despidos por los representantes de los trabajadores (Art 124 LRJs); esta modalidad tiene carácter urgente y preferente, y su conocimiento, en primera instancia, viene atribuido a los TSJ o a la Audiencia nacional, dependiendo del ámbito del conflicto y contra las sentencias que dicten estos órganos colegiados cabrá recurso de casación ordinaria.

Para evitar dilaciones en el tiempo, no será necesaria la conciliación previa, y el empresario viene obligado a aportar a los autos la documentación justificativa del despido (actas del periodo de consultas, comunicaciones a la Autoridad laboral...) en el plazo de los 5 días siguientes desde que se le notifique la admisión de la demanda, con el fin de poder practicar la prueba sobre la misma de forma anticipada.

La interposición de la demanda por los representantes de los trabajadores la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta la resolución de aquella y, una vez firme produce el efecto cosa juzgada respecto de los conflictos individuales.

El RDL 3/2012 a la letra b) del Art. 52 ET, para el supuesto de falta de adaptación del trabajador a los cambios técnicos operados en su puesto de trabajo, siempre que dichos cambios sean razonables; ahora, tal como queda dicho más arriba, se establece la obligación de la empresa de ofrecer un curso de perfeccionamiento profesional a los trabajadores, antes de proceder al despido por esta causa y el despido no puede acordarse hasta que haya transcurrido el plazo de dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación.

En el despido objetivo económico de la letra c) los elementos que definen e integran el supuesto extintivo son las causas económicas técnicas organizativas o de producción del Art. 51 examinadas, a las que reenvía el Art. 52.c).

También se modifica el despido por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, siempre que alcancen un 20% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos en un periodo de referencia de 12 meses; la novedad consiste en eliminar toda referencia al índice de absentismo global de plantilla durante el periodo de referencia, que antes debía de alcanzar el 2,5% del total de la plantilla.

Indemnización y salarios de tramitación

Los costes básicos de la extinción del contrato en caso de que el despido sea declarado improcedente son los salarios de tramitación y la indemnización de 45 días por año, con el tope de 42 mensualidades.

El régimen de los salarios de tramitación se aplicaba a los despidos disciplinarios nulos y a los declarados improcedentes, tanto si el empresario optaba por la readmisión del trabajador como si lo hacía por la indemnización; a despidos por causas objetivas declarados nulos o improcedentes y, en general, en cualquier extinción injustificada del contrato de trabajo, que como es sabido se equipara en su tratamiento con el despido disciplinario a efectos de su control judicial, salvo que se reconociera la improcedencia, se optara por la indemnización, y consignara el importe de la indemnización en el Juzgado en el plazo de 48 horas (Art.56.2).

El devengo de los salarios de tramitación comienza en la fecha de cese del trabajador y alcanza hasta la fecha de la conciliación, de la notificación de a la sentencia, o hasta que el trabajador hubiera encontrado otro empleo. Pues bien, a partir de la reforma, el art. 56.1 del ET determina que:

«Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades».

Añadiendo a continuación que si opta por la indemnización ello determinará la extinción del contrato de trabajo, desde la fecha en la que se produjo el cese efectivo; en cambio, si opta por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación.

Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores, tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación.

Con esta nueva regulación de los salarios de tramitación ya no hay que reconocer la improcedencia del despido ni depositar la indemnización en el juzgado, para congelar el devengo de dichos salarios, por la razón de que no hay salarios de trámite. En cuando al coste para las empresas, hay que recordar que los salarios de tramitación tenían, en todo caso, el límite de 60 días a partir de la presentación de la demanda, al establecer el art. 57 un supuesto objetivo de «funcionamiento anormal» de la administración de Justicia cuando la sentencia que declare por primera vez la improcedencia se dicte más allá de sesenta días desde que se presentó la demanda, corren a cargo del Estado. Por tanto lo que las empresas se ahorran en virtud de esta

medida oscilará entre los sesenta y los 80 días de salario, aunque el trabajador pierde mucho más, porque en función de lo que tardase en tramitarse el despido la cuantía podía ser muy superior, aunque los pagara el Estado.

Por otra parte, se reduce el importe de la indemnización por despido improcedente que pasa a ser de 33 días para todo tipo de contratos indefinidos. Hay que tener en cuenta el derecho transitorio (D.Tra. 5ª) respecto de los contratos anteriores, que continuarán rigiéndose por la indemnización de 45 días por año, con el tope de 720 días, salvo que a la entrada en vigor del decreto resultase un número de días superior, en cuyo caso se respetará este; por el contrario, en materia de contratación temporal se mantiene la indemnización de 12 días por año dispuesta en el Art. 49.1.c ET .

En conclusión, y en razón a lo expuesto, la reforma produce un desequilibrio en la balanza de las relaciones laborales del lado de la empresa.

Ello no obstante, cabe añadir finalmente que noticias aparecidas recientemente en prensa dan cuenta de que en la tramitación parlamentaria se ha introducido una enmienda corrigiendo la causa de despido objetivo por faltas reiteradas al trabajo, en el sentido de exigir que las faltas de asistencia sumen un 5% en los últimos doce meses y de no computar las ausencias provocadas por una enfermedad grave.

De otro lado, el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la eliminación de los salarios de tramitación que solo tiene que pagarlos el empresario si en un despido declarado improcedente decide readmitir al trabajador y ello al considerar que la posibilidad de que se consuma el despido y no se paguen salarios de tramitación teniendo derecho al desempleo, afecta a los derechos del trabajador ya que las prestaciones de desempleo son manifiestamente inferiores a los salarios dejados de percibir y no compensan en su integridad el salario perdido y que si el trabajador no ha cumplido el periodo mínimo de cotización no tendrá derecho a percibir esa prestación, lo que supondría una discriminación. Asimismo, pone en duda que existan los requisitos de «extraordinaria y urgente necesidad» que exige la Constitución para aprobar un decreto-ley, norma utilizada por el Gobierno para llevar a cabo la reforma .