

Henar Merino Senovilla.

ÍNDICE

EJES DE LA REFORMA LABORAL Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO SOCIAL Y DE DERECHO.

(La reforma laboral, los cambios en los derechos laborales y el estado social)

INTRODUCCIÓN

1.- La protección social (laboral) y la afectación de la Reforma Laboral a la estructura de protección.

1.1. Reformas en el contrato de trabajo (en el ingreso).

1.2. Reformas en la salida o en el despido.

1.2.1. Reducción de la indemnización por despido.

1.2.2. La flexibilidad en las causas del despido "económico" (colectivo, plural e individual).

A.- La causa económica (y otras) en el despido por causas objetivas.

B.- Los cambios en el procedimiento de despido.

C.- La política legislativa y su motivación.

2.- La Seguridad Jurídica del Sistema de Relaciones Laborales.

2.1. Mayores poderes empresariales.

2.2. Menor capacidad de negociación de los representantes de los trabajadores (pérdida de protagonismo de los sindicatos).

EJES DE LA REFORMA LABORAL Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO SOCIAL Y DE DERECHO.

(La reforma laboral, los cambios en los derechos laborales y el estado social)

INTRODUCCIÓN.-

Los cambios normativos en el Ordenamiento Laboral, no es una cuestión novedosa ni específica de esta etapa de crisis económica; el Derecho del Trabajo se caracteriza por su adaptación a los condicionantes económicos y sociales; es una rama del derecho intrínsecamente unida a esos factores.

Pero, posiblemente, lo que se deba subrayar de la Reforma Laboral que se está produciendo desde el año 2012 sea la continuidad de la reforma; es decir, que no se ha producido una reforma estructural (o coyuntural en algún porcentaje) sino que se conoce cuándo ha empezado la reforma o se puede situar el momento de salida, pero ante las continuas reformas que se han sucedido, no se conoce aún cuándo se puede dar por terminada o finalizada. Es como si fuera una reforma no inacabada sino viva, y sometida a los efectos o consecuencias de la misma, tanto de tipo económico (efectos de los costes), como jurídico (consecuencias en la inseguridad jurídica que supone una reforma abierta) o social. (efectos negativos sobre la protección); y sobre los cambios que se producen se hacen pivotar los cambios normativos.

Se puede afirmar, que la normativa laboral (en sentido amplio, en el que se incluye la protección social o prestaciones sociales que están dentro del ámbito de esta rama del derecho) tiene o ha tenido esa "viveza" en su andadura. Pero, esa característica apuntada, se extendía y estaba referida, principalmente, a la parte del ordenamiento que requiere de adaptación por los condicionantes de los Presupuestos Generales del Estado, de los cambios en las previsiones sobre la pirámide de la población; o sobre resultados o situaciones coyunturales del mercado de trabajo. Y tales elementos han supuesto que las leyes de acompañamiento a la Ley de Presupuestos, introdujeran, casi como un clásico, reformas puntuales en materia de Seguridad Social, o de empleo. Tales cambios

(anuales) no afectaban a los pilares básicos y esenciales del Derecho del Trabajo, como puedan ser: el principio de estabilidad en el empleo (causalidad de la contratación temporal); el sistema de fuentes normativas, la causalidad en la extinción; el protagonismo de los representantes de los trabajadores en la flexibilidad interna de las condiciones de trabajo, etc. La negociación colectiva como fuente principal del derecho (regulación de las condiciones laborales adaptadas a cada sector).

El diseño del sistema de relaciones laborales tenía justificación y legitimación en la Constitución Española, que reconoce la función democrática y social de los sindicatos y organizaciones empresariales; que enuncia como derechos fundamentales la Libertad Sindical, el derecho de huelga, y configura al derecho a la negociación colectiva como instrumento esencial de esa Libertad Sindical.

La reforma laboral, no es un cambio normativo de adaptación a una crisis económica que actúa sobre el coste del empleo, de forma aséptica, sino que va a incidir en los ejes constitucionales de la protección social como es la configuración del empleo en general y del derecho al trabajo, en toda su extensión. En suma va a afectar a los principios sociales (laborales) que se enuncian en el Capítulo III de la CE y que se enuncian en el art. 40 y 41 como se tratará de razonar, así como a los derechos laborales contenidos en el art. 28, 37 de la CE y a la función de los sindicatos (art. 7 de la CE).

Pero el modo mejor de acreditar estas afirmaciones es el comentario de los grandes cambios y sus primeras implicaciones; los efectos a largo plazo se pueden aventurar, y se puede no estar de acuerdo en ello. No es tan discutible la elección y selección por el legislador de las materias e instituciones que se han visto transformadas, y que en ocasiones son difíciles de reconocer respecto a cómo se configuraron en el sistema democrático de relaciones laborales.

1.- La protección social (laboral) y la afectación de la reforma laboral a la estructura de esa protección.

Se podría estar de acuerdo que forma parte del elenco de materias a incluir en la esfera del Estado Social el diseño de la protección social en el ordenamiento español; y se puede estar de acuerdo qué se debe analizar para responder al planteamiento de este epígrafe: ¿qué ha ocurrido con el empleo?, ¿qué ha ocurrido con las prestaciones de Seguridad Social y desempleo?, ¿Qué ha ocurrido con el SMI y con el Salario Mínimo convencional?, ¿qué ha ocurrido con el derecho al trabajo (protección al empleo)?; ¿qué puede ocurrir con las carreras de seguros sociales de los jóvenes (contratos en prácticas, para la formación, a Tiempo parcial, en los desempleados).

Y de un análisis, sin resultados actualmente por la falta de tiempo de las medidas, se puede comprobar que se altera el sistema de cotizaciones a la seguridad social de y en esos contratos; las bonificaciones para el “fomento al empleo” afectan a las prestaciones por desempleo y a las cotizaciones generales que implica cotizaciones a tanto alzado sin tener en cuenta el salario (cantidades fijas y muy por debajo de lo establecido hasta ahora). Un elenco tan extenso como situaciones de difícil acceso al empleo están concurriendo en el mercado, que se está dividiendo entre los que estuvieron y los que pretenden entrar por primera vez o salieron y pretender continuar.

De este modo, se va a generar dos carreras de seguros sociales: los trabajadores en el mercado con contrato vigente y que permanecen durante la crisis; y los trabajadores o grupos de trabajadores incluidos en el fomento al empleo (mujeres, jóvenes con o sin formación, desempleados con prestación y sin prestación etc) para los que se constituye un sistema de protección social o seguro social de segunda categoría (paralelo, e imposible que confluya con el actual). Los incluidos en este “nuevo sistema” les será difícil acceder a las prestaciones o de acceder a la prestación será la mínima (las bases reguladoras se han visto o se van a ver afectadas de forma sustancial).

Estos colectivos, en muchas ocasiones deben exponer su prestación por desempleo para ser contratados, y sobre ella se hace girar las bonificaciones a los contratos precarios (no solo en condiciones laborales sino con la nueva carrera de seguro social).

Los trabajadores que han permanecido en activo, verán recortados las prestaciones sociales (jubilación, incapacidad, etc) no sólo por las nuevas

condiciones exigidas de más años de cotización, sino por el recorte salarial que permite la REFORMA y que puede venir de la falta de negociación colectiva en muchas empresas, y sectores; de las modificaciones sustanciales unilaterales impuestas por la empresa (cambio en el sistema de remuneración, recorte lineal de salario etc).

Así, cuando se afirma que las prestaciones sociales no se han “tocado” es una verdad a medias o más bien es falso, en tanto que afecta a las futuras carreras de seguro laboral (protección de Seguridad Social) de los nuevos trabajadores y existe previsión de recorte en los antiguos (aun con claras diferencias).

Se debe afirmar además que la regulación planteada desde el “fomento al empleo” trata de evitar la tacha de desigualdad en el trato (discriminación prohibida), al establecer forzadas diferencias para la imposición de un nuevo diseño de la protección social que afecta a la estructura del sistema; que cambia el propio sistema de protección.

En suma se ha regulado exponiendo las prestaciones adquiridas, obligando a los trabajadores a exponer su marco de protección, y con él financiar sus contratos y su protección social, y todo ello sin admitir el cambio del sistema. Lo que supone una dificultad añadida para defender las bases legales y constitucionales de dicho sistema (igualdad de trato, el principio de reparto, el sistema contributivo respecto al salario, etc).

Se podría afirmar sin conocer los resultados futuros, que ha afectado a las Instituciones en los elementos que le daban entidad propia con contenido constitucional, se podría concluir que ha afectado al modelo constitucional elaborado en el año 1978 y desarrollado hasta la actualidad.

Al tratarse de una descripción general de los cambios y ser éstos de tal entidad y complejidad, se debe esperar meramente un apunte sobre los ejes de esta reforma en materia de empleo. Y no se va a entrar a analizar la regulación legal de las múltiples adaptaciones de la protección por desempleo, o de las prestaciones de Seguridad Social, más allá de lo expuesto como mero apunte del diseño que parece se desprende de una aparente regulación de “crisis”.

Ahora es importante comentar qué ha sucedido con el EMPLEO, con los cambios en la configuración del mercado de trabajo, tanto a la entrada como a la salida (del mercado de trabajo).

1.1. Reformas en el contrato de trabajo (en el ingreso).

Nos referimos a los cambios en las modalidades contractuales en tanto que han afectado o pueden afectar a la configuración del Principio de estabilidad en el empleo (no solo por la presunción de contrato indefinido, sino también por el especial régimen de resolución unilateral por parte de la empresa).

La reforma estrella o ejemplar ha sido “El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores”, que se formula como contrato por tiempo indefinido, aún cuando se prevé que los beneficios y el régimen jurídico del mismo debe tener una duración mínima de 3 años (para aprovechar los beneficios fiscales, de seguridad social etc).

Se subraya en este contrato regulado en el marco del fomento al empleo, que durante el primer año de duración del contrato, el empleador pueda rescindir el mismo sin alegar causa alguna (extiende el periodo de prueba, por el que se puede rescindir la relación laboral sin tener que acreditar la motivación o causa de la resolución). Resolución sin causa, despido libre (sin coste).

La extensión del periodo de prueba, de su régimen jurídico, a tiempos no conectados con la finalidad de la misma, desvirtúa la propia institución, e introduce la posibilidad de la arbitrariedad empresarial; desvirtúa la naturaleza de contrato bilateral o sinalagmático, y aparta del contrato la situación de igualdad en que las partes se deben colocar o debían estar situadas. Tal es así, que deja en manos de una de las partes la resolución sin causa, y afecta como no puede ser de otra manera a la naturaleza bilateral, recíproca del contrato entre dos (a la obligación de cumplir lo pactado). Desigual situación en el contrato.

El periodo de prueba es la institución excepcional frente a la necesidad de causa en el despido; el periodo de prueba está pensado para rescindir el contrato durante un tiempo limitado al no ajustarse las expectativas laborales y por ello se

hacía depender de la categoría o puesto a desempeñar (periodo de prueba de un mes para personal sin cualificación y de 3 meses para personal cualificado).

Así, esta “especialidad”, no deriva del tipo de contrato ni de las funciones a probar del trabajador, sino que se generaliza la resolución sin causa en este tipo de contratos (sin causa, solo por dimensión de la empresa)ⁱ .

Y convive tal modalidad contractual estructural/ coyuntural, con el resto de modalidades contractuales estructurales y coyunturales (contratos temporales de fomento al empleo, por obra o servicio determinado, eventual, interino y se deja suspendido la indefinición cuando el contrato temporal excede de 24 meses en un periodo de 30 meses; y estos contratos temporales estructurales en nuestro mercado han supuesto y suponen el 45% de la contratación; tendencia a ascender derivado de la amortización alarmante de los contratos indefinidos o de los puestos de trabajo estructurales y con antigüedad en las empresas.

Para este contrato que realicen empresas de menos de 50 trabajadores se ha previsto un elenco muy importante de incentivos fiscales y bonificaciones en Seguridad Social.

1.2. Reformas en la salida o en el despido.

Seguramente la reforma laboral se ha dado publicidad o se ha conocido en razón de los cambios normativos en esta materia (despido); que son importantes como veremos, pero que entre la entrada y la salida, se han producido transformaciones esenciales en el trascurso de la relación laboral. Y ello a los cambios en el poder de dirección empresarial, modificaciones sustanciales, condiciones suspensivas del contrato etc, nos pueden dar una idea de la transformación del derecho del trabajo individual y del recorte de protagonismo de los representantes de los trabajadores.

Y todo tendrá una comprensión mejor si se incardina en el cambio en el sistema de fuentes respecto al control de las condiciones laborales, y el papel de los agentes sociales (que merece comentario aparte, sin ánimo exhaustivo ni posibilidad de su desarrollo).

Los ejes de la reforma radican, en esta materia, en el abaratamiento del coste del despido, y lo que es tanto o más importante en el **control empresarial de la causalidad del despido**.

1.2.1. Reducción de las indemnizaciones por despido.

Es una cuestión comentada en muchos ámbitos, que existía la necesidad de reducir las indemnizaciones por despido; y se realiza de forma lineal, pasando de 45 días por año trabajado como máximo 42 mensualidades a 33 días por año trabajado como máximo 24 mensualidades. Nos referimos al supuesto de la improcedencia del despido, o dicho de otra forma al supuesto en que la parte empresarial no cumple con el compromiso del contrato. No existe incumplimiento laboral, y rescinde unilateralmente la relación laboral. Incumple el contrato el empresario.

Esta indemnización tiene la función de resarcir el incumplimiento unilateral de la empresa, y calcula la pérdida del empleo, la dificultad de entrada en el mercado; e incluye o debería incluir los problemas profesionales que causa tal situación. Amén de que el trabajo es un medio de vida para el trabajador. No se calcula por los beneficios reportados, y se indemniza por la resolución sin causa unilateral (la causa puede ser alegada pero no se acredita que concurra como tal).

De tal modo, que no existe o no se configura como despido libre en sentido estricto, al proveerse de una indemnización ante la improcedencia.

Y es tanto o más importante la desaparición de los salarios de trámite en la calificación del despido como improcedente, que se preveían tanto si readmitía la empresa como si optaba por la indemnización; ***función de compensar la resolución sin causa justificada.***

Estos salarios de tramitación se establecían por sentencia o en el denominado “despido exprés” hasta la admisión de la improcedencia en la conciliación judicial, se han derogado o vaciado de contenido.

En la actualidad con la supresión de estas indemnizaciones por incumplimiento empresarial, los salarios de tramitación, sólo la parte laboral soporta el perjuicio de los procedimientos judiciales tardíos (revisión judicial de los

despidos); para la empresa no tiene coste que dichos procedimientos se dilaten en el tiempo, aún cuando esa parte sea la incumplidoraⁱⁱ.

Se han planteado cuestiones de inconstitucionalidad por distintos jueces sobre esta materia, que estaba pensada en resarcir el incumplimiento empresarial, en el tiempo que no está juzgado o valorado la causalidad del despido; pero no se han admitido a trámite las mismas.

El legislador/reformador lo motiva ajeno a la finalidad de las instituciones jurídicas, y el papel de protección ante el desequilibrio entre trabajador y empresario, e incluso vierte el riesgo de la actividad en el trabajadorⁱⁱⁱ.

1.2.2- La flexibilidad en las causas de despido “económico” (colectivo, plural e individual).

La reforma Laboral de febrero de 2012, y su paso por el Congreso de los diputados en julio de ese mismo año, afecta tanto a los despidos colectivos (art. 51 del ET) como a los individuales o plurales del artículo 52 del mencionado Estatuto de los Trabajadores.

Así, modifica el procedimiento de control en los Despidos Colectivos, las causas o motivos de ese despido (de tipo económico, organizativo, productivo o técnico); y también la motivación de las otras causas de despido objetivo individual o plural, como son: a) la falta de adaptación a las modificaciones técnicas y los porcentajes sobre el absentismo.

No se debe olvidar que el cambio en la CAUSALIDAD de estos despidos (flexibilización de los motivos), se suma el menor coste frente a la improcedencia (33 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores, hasta un máximo de 24 mensualidades, al igual que el despido improcedente), y también se aplica la supresión de los salarios de tramitación (salvo que el empresario opte por la readmisión o que los despedidos sean representante legal de los trabajadores o delegado sindical). Todo ello con remisión a los efectos de la improcedencia del despido disciplinario.

Importante es que al remitirse a estos aspectos se subraya en primer lugar los efectos de la declaración de procedencia del despido: “que se consigue con la

exigencia de acreditación empresarial de la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado uno de este artículo (puesta a disposición de la indemnización, comunicación etc).

En caso contrario se considerará IMPROCEDENTE (si no se consigue acreditar la concurrencia de la causa en que se fundamenta la decisión extintiva, o no se cumplen los requisitos procedimentales establecidos en el artículo 52, al igual que en el art. 51 para los colectivos.

A.- La causa ECONÓMICA del Despido por causas objetivas.

A "efectos lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de 90 días la extinción afecte...umbrales".

Las causas económicas: *"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**, con 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"*.

La anterior regulación establecía la necesidad de acreditar la viabilidad para mantener el nivel de empleo y hacía referencia a la razonabilidad.

Ahora incorpora pérdidas previstas, nivel de ventas y presunción de persistencia.

Para el sector público, sirve con que se produzcan una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se plantean problemas para aplicar tal regulación a la insuficiencia presupuestarias persistentes (durante tres trimestres consecutivos); y ello porque los presupuestos en las administraciones públicas son anuales.

El enunciado de las causas Técnicas, se formula del siguiente modo: “se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”. Y el de las causas organizativas: “... cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción” (la redacción del texto es muy genérica y abierta).

Finalmente las productivas: “... cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

En todas las causas se ha suprimido la relación que trataba de garantizar que se acreditara que esas medidas iban a favorecer o a mejorar la situación de la empresa. Igualmente se suprimen la exigencia de razonabilidad de la medida.

Y estos motivos son comunes a los despidos colectivos, a los individuales y plurales.

En la reforma se ha modificado la redacción dada a otros motivos de despido objetivo individual, cual es la supuesta “Falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas (o tecnológicas).

El despido unilateral del empresario por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas requiere que los cambios introducidos sean **razonables** a la hora de medir la concurrencia de falta de adaptación del trabajador. Se establece que el empresario debe ofrecer un curso dirigido a facilitar la adaptación de esa modificación. Y mientras dure la formación el contrato está en suspenso y tiene derecho a percibir el salario medio. El tiempo de formación es tiempo de trabajo. Y que después de dos meses de finalizado el curso o impuesta la adaptación técnica es cuando la extinción puede acordarse y comunicarse al trabajador.

El control legal y judicial se dirigirá a la idoneidad del curso y la relación del esfuerzo que solicita la empresa con la categoría profesional del trabajador (tiene

importantes problemas de control o de objetividad la propia causa o motivo de despido).

Y finalmente ha sido muy comentado el motivo de despido por alcanzar unos determinados niveles de absentismo.

Así se regula como causa de extinción unilateral del empresario: «d) Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.»

Y también se han introducido las ausencias que obedezcan a **un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave**.

Importante la modificación de que las faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcanzase el 5% de absentismo en la plantilla del centro de trabajo; hoy se suprime esta exigencia, con lo que concurriendo el nivel de absentismo anterior en un determinado trabajador (o en varios) el despido estaría justificado.

Es obvio que se hace incidir la causa de absentismo sobre el trabajador, facilitando que concurra este supuesto; y facilita la salida de la plantilla a trabajadores que se ausenten aún cuando sus ausencias se justifiquen y estén reguladas como justificadas.

B.- Los cambios en el procedimiento de despido.

La nueva regulación sobre el presente epígrafe, tiene un calado muy profundo y complejo. En este comentario se tiene la única pretensión de apuntar algunos de sus efectos, y sirva subrayar tres de esos cambios en el despido colectivo como representativo de la transformación que ha supuesto.

Así y en primer lugar, se SUPRIME el control de la Autoridad laboral en los despidos colectivos. De este modo, la empresa plantea la propuesta de despidos a los representantes de los trabajadores (elegidos democráticamente), y si no los hubiere se nombrarían "ad hoc" para este proceso de despido. Esta elección va a plantear problemas de representación real y efectiva en pequeñas y medianas empresas; son muchas las empresas en las que no existe representación legal de los trabajadores.

En segundo lugar, finalizado el periodo de consultas, la empresa puede disponer los despidos CON O SIN ACUERDO. Antes de la reforma, si la Autoridad Laboral, entendía que no estaba motivado o justificado el despido no autorizaba los mismos, y no era posible este tipo de extinción.

En este momento, impuesto el despido, los representantes de los trabajadores, pueden impugnar el despido colectivo (ante los jueces y Tribunales), y la extinción individual que conlleva el despido colectivo, puede ser impugnada a su vez por el trabajador afectado.

En tercer lugar, este aparente cambio de ofrecer protagonismo a la representación de los trabajadores, no solo no es tal, sino que produce una serie de dilaciones en la solución de los despidos y disparidad de criterios sobre los mismos.

Así, se ha producido un cambio fundamental en el CONTROL DE LA CAUSALIDAD (o motivación de estos despidos). Si es impugnado por los representantes de los trabajadores (no existiendo acuerdo con la empresa), el trabajador individual que reclame, debe esperar a que finalice la IMPUGNACIÓN del despido colectivo. Y posteriormente, se revisará su despido (individual) producto del colectivo.

La práctica está dando resultados muy negativos, con sentencias muy dispares y contradictorias respecto a estas revisiones (INSEGURIDAD JURÍDICA).

A ello hay que añadir, que los despidos colectivos con ACUERDO de los representantes de los trabajadores, pueden ser impugnados individualmente; y las sentencias presentan pronunciamientos contradictorios (procedencia, improcedencia o pacto judicial distinto al colectivo) ; todo ello, unido a la solución distinta para aquellos trabajadores que no han impugnado el despido (han aceptado el despido colectivo pacta do).

A modo de conclusión, la práctica está mostrando que las revisiones de estos despidos se prolongan en el tiempo, presentando un grado de ineficacia muy importante en la revisión judicial.

C.- La política legislativa y su motivación.

En la exposición de motivos de la reforma se afirma que la nueva regulación se ciñe a delimitar las causas que justifican estos despidos, sin aludir a otras referencias normativas que han introducido elementos importantes de incertidumbre. Se afirma que el cambio fue necesario por los problemas que presentan estos despidos para la prueba empresarial, y para evitar la valoración finalista que realizaban los Tribunales respecto a las causas y el empleo; se trata de evitar, se dice, los “juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa” que fundamentan muchas resoluciones judiciales.

Así en ese Preámbulo se afirma “Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas del artículo 52”.

Tal afirmación vertida por el legislador en la justificación de la Reforma, se puede interpretar como una pretensión de control de la función jurisdiccional; de marginar la labor de los Jueces y Tribunales, al entender que fijados los hechos en la regulación (concurren las causas) y la solución judicial solo puede ser una; llevado al extremo es una intención que vulnera o puede vulnerar la función

constitucional del poder judicial y su papel en el estado de derecho; cual es, la interpretación de la normativa o legislación al supuesto de hecho.

Por más que esa fuera la finalidad del legislador, los órganos judiciales no pueden perder competencia ni función respecto a aplicar las reglas generales de la valoración de la prueba (estas reglas no sufren cambio alguno); así la función de aplicar las normas, supone valorar y determinarla RELACIÓN de CAUSALIDAD entre los hechos y las consecuencias jurídicas. Es lo que se denomina el PRINCIPIO de PROPORCIONALIDAD de las MEDIDAS ADOPTADAS.

Así la carga de la prueba en los despidos es y sigue siendo del empresario; tal situación se recoge expresamente en “la ficta confesio”; o en la decisión ajustada a derecho cuando el empresario acredite la concurrencia de causa legal esgrimida, o en la decisión no ajustada a derecho cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de causa legal indicada en la comunicación extintiva (los motivos y las extinciones con esos motivos que razonablemente se ven afectadas).

La interpretación de la función jurisdiccional de otro modo sería tanto como convertir al poder judicial en mero notario de la existencia de unos hechos (datos) sin que pudieran realizar la labor o función constitucional de proporcionalidad de la decisión al entrar en conflicto derechos, valores o intereses dignos de protección. La resolución judicial requiere que se incorpore el razonamiento (para valorar la decisión como ajustada o no a derecho), así: 1) la finalidad de la medida adoptada; 2) la idoneidad de la medida (adecuación de la medida para conseguir la finalidad); 3) la necesidad de la medida (no existencia de otras alternativas más moderadas o menos gravosas para conseguir la finalidad con igual eficacia; y en suma la proporcionalidad en sentido estricto (medida proporcionada, equilibrada y en relación con los beneficios o ventajas para el interés general teniendo en cuenta los intereses o valores en conflicto).

La Constitución exige de la función jurisdiccional que deriva del poder judicial la motivación reforzada de las decisiones judiciales cuando afecten a derechos fundamentales o libertades públicas (derecho al trabajo, derecho a tutela judicial efectiva).

Importante en relación con esta idea es la introducción para el artículo 51 de la propuesta de despido debe ir acompañada de **toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo.**

Esta exigencia es extensiva al despido objetivo (individual) en el sentido de acreditar mediante la documentación necesaria las causas que justifican o motivan el despido. En esa información-documentación la parte que debe probar que el despido es ajustado a derecho es la empresa, y debe ACREDITAR LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA. No sirve con aportar documentación económica sino que con esa documentación se justifique la NECESIDAD DE LA MEDIDA.

Y ello, porque la medida adoptada es la privación del puesto de trabajo sin que exista incumplimiento contractual por el trabajador. Fuerza mayor impropia que requiere que la medida sea razonable, al igual que se exige para la FUERZA MAYOR PROPIA.

2.- La seguridad jurídica del sistema de relaciones laborales.

Las anteriores pinceladas sobre la Reforma Laboral en referencia a los contratos y al despido, lo más subrayado en los medios de comunicación; o así fue al inicio de la Reforma.

Sin embargo, desde mi punto de vista, se ha introducido un cambio sustancial en el desarrollo de nuestro sistema Democrático de Relaciones Laborales, que se dotó de contenido en la década de los años 80.

Este cambio está referido al protagonismo del poder empresarial a través de la posibilidad de modificar de forma sustancial las condiciones de trabajo inicialmente establecidas, bien por contrato o bien por Convenio Colectivo.

El sistema democrático de Relaciones Laborales se caracterizó por el protagonismo en la determinación de las condiciones laborales de los representantes de los trabajadores; la reforma se caracteriza por la pérdida de ese protagonismo o mejor de las competencias, materias etc, en las que participaban

dichos representantes. Aquel modo de fijar las condiciones de trabajo otorgaban seguridad jurídica, uniformidad en las condiciones, igualdad material.

2.1. Mayores poderes empresariales.

Se puede afirmar que la Reforma Laboral ha vuelto a encumbrar al poder unilateral del empresario como legitimado para alterar las condiciones de trabajo pactadas en el Convenio Colectivo y a través de la negociación colectiva.

Se debe recordar que una parte muy importante del contenido de las relaciones laborales viene determinado por la confluencia o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (éstos sustituyendo al derecho individual de llegar a un acuerdo contractual, como requisito de validez de los contratos). Y este modo de regulación, forma parte del sistema de fuentes o de regulación de las relaciones laborales. El poder de representación de los trabajadores nace y se desarrolla como equilibrio necesario entre las partes en el contrato; por la diferencia de posición negociadora que las partes individualmente tienen.

Tal fue así y es así, que para construir un sistema democrático, igualitario, respetuoso con las diferentes posiciones negociadoras de las condiciones laborales, se constituye un poder de representación COLECTIVA de los trabajadores (sindicatos y otras formas de representación colectiva).

Esa representación laboral (colectiva) nivela la fuerza negociadora o poder negociador que tiene la empresa frente al trabajador individual (y rompe con los contratos de adhesión prohibidos en nuestro ordenamiento).

La legitimación constitucional de este modelo está en el art. 7 "Los sindicatos de trabajadores...contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios"; en el art. 28 (Libertad sindical y derecho de huelga) y en el art. 37 el derecho a la negociación colectiva. Estos derechos y libertades enmarcados como pilares del estado Social y de derecho, como derechos fundamentales y como derechos laborales constitucionales.

Desde estos derechos se constituye como sistema de fuentes (normativa) en nuestro modelo de relaciones laborales (art. 3 del ET) los convenios colectivos y

como poder la negociación colectiva; de ahí que se llegue a aplicar de forma prioritaria los convenios frente a la regulación legal (por ser norma más favorable).

Y junto a ello, se articulan (articularon???) los medios de control y de gestión de las condiciones laborales (en otros modelos llegando a la cogestión empresarial de la mano de obra); se trata de dotar de contenido a la relaciones laborales de forma paritaria, equilibradora de intereses, garantía de derechos.

Así los poderes empresariales de dirección y de variación de las condiciones de trabajo tienen el límite de la arbitrariedad; y el poder de modificación sustancial (permanente) de las condiciones de trabajo necesita el control y participación de los representantes de los trabajadores, y está sujeto a causa o motivo de dicha alteración.

Es importante en este comentario es subrayar que se establece un límite infranqueable para la empresa, cual es que lo pactado en convenio colectivo solo podía ser modificado por otro convenio; o sea por un nuevo Acuerdo colectivo entre las partes.

Pues bien, la Reforma Laboral, permite la modificación sustancial del sistema retributivo, del salario (cuantía), de la jornada, de las funciones...en las que sino se logra Acuerdo con los representantes de los trabajadores puede ser impuesto por el empresario de forma unilateral. Se suprime el control de la Autoridad Laboral sobre estos cambios y la necesidad de llegar a Acuerdos.

2.2. Menor capacidad de negociación de la representación de los trabajadores (pérdida de protagonismo de los sindicatos).

Se modifica la estructura de la negociación colectiva. En pocas palabras, aunque complejo su resumen, se permite que los convenios de empresa y los Acuerdos de empresa, se descuelguen de las condiciones laborales pactadas en convenios de ámbito superior (negociados por representación colectiva más fuerte; la sindical, con estructura y medios de presión).

Lo que tal situación permite es la dualidad de condiciones de trabajo, y las establecidas para la empresa o centro de trabajo serán condiciones a la baja o peores condiciones laborales (el descuelgue significa no aplicar lo regulado en el

Convenio superior y pactar unas condiciones inferiores o de peor calidad etc). El negociador del Acuerdo de empresa que se descuelga habitualmente es un representante único (de trabajadores) que no tiene mecanismo de presión; se produce en plantillas pequeñas, en que el control empresarial es máximo, así como la presión que esa parte puede ejercer.

El anverso de esta situación es que la empresa y el empresario gana fuerza de imponer condiciones laborales a la baja respecto a empresas más grandes del sector o condiciones laborales de segundo orden por razón del tamaño de la empresa.

El resultado será y está siendo un sistema de Relaciones Laborales de primera y de segunda categoría. Da como resultado la pérdida de fuerza negocial; incorpora dosis de desigualdad y abre la puerta a la imposición de condiciones laborales de forma unilateral, y bajo presión empresarial.

También supone la deslegitimación de los sindicatos, al ver modificada la fuerza vinculante de su representación negocial; contribuye a la división de los trabajadores (a través de las distintas condiciones laborales, aunque presten servicios en el mismo sector de actividad y con la misma categoría o funciones). En suma, sí afecta al modelo constitucional diseñado a través de los preceptos citados, y que dio lugar a una negociación colectiva garantista.

El TC no mantiene esta misma opinión sobre la reforma que afecta a la estructura de la negociación colectiva y que incrementa el poder empresarial ^{iv}.

A modo de resumen, el legislador del año 2012, 2013 y 2014, afirma que el Sistema de Relaciones laborales es rígido y que esa rigidez ahonda en los problemas económicos y de empleo en la crisis.

Se dice que hay que dotar de flexiseguridad al sistema. Y tales argumentaciones están abriendo la puerta a un mercado laboral a la baja en las condiciones laborales; en el entrada en el mercado de trabajo con contratos precarios (los incentivados como formación, en prácticas, a tiempo parcial), con contratos que se pueden poner fin sin causa; y con extinciones causales (flexibles?) y de menor coste.

El menor coste de la extinción causal se extiende a la resolución sin causa (improcedencia para la que se ha reducido la indemnización).

En definitiva, se pretende e impone el abaratamiento del despido (¿qué tiene que ver con la flexibilidad de las condiciones de trabajo?).

En segundo lugar, para las relaciones laborales existentes o las que vendrán, se articula la posibilidad de que sus condiciones laborales se fijen y cambien ante la motivación o interés empresarial. Y tal situación se desprovee del control de los representantes. Se minimiza la función de defensa de los intereses de los trabajadores, y se afirma que no afecta al sistema de Relaciones laborales constitucional.

Es una reforma que por vía directa e indirecta ha afectado, y está afectando a la función negociadora y equilibradora de intereses de las partes (afecta al estado de derecho, con el cambio de reglas); en concreto, el interés laboral pasa a un tercer plano y se diluye en pro del interés empresarial.

La falta de equilibrio en la relación, y la falta de mecanismos de control sí afecta al sistema democrático de relaciones laborales, y como no a los pilares básicos de la CE que dotó de papel equilibrador del sistema a los sindicatos (para el plano laboral), y a la negociación colectiva como instrumento de igualdad material.

ⁱ El Tribunal Constitucional ha analizado estos concretos aspectos del contrato indefinido para apoyo a los emprendedores. La STC 119/2014 de fecha 16/07/2014, ha entendido que no afecta al principio de igualdad ni a la de seguridad jurídica, y en resumen afirma lo siguiente: “En síntesis, hemos razonado que la discutida duración del período de prueba del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores constituye una medida legislativa coyuntural adoptada en un contexto de grave crisis económica con una elevada tasa de desempleo; atiende a la legítima finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como medio para facilitar el empleo estable, lo que conecta con el deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo (*art. 40.1 CE*). En tal sentido hemos explicado que la ampliación de la duración del periodo de prueba en esta nueva modalidad contractual **no sólo cumple la finalidad típica del periodo de prueba; además permite al empresario comprobar, en un contexto de crisis como el actual, si el puesto de trabajo ofertado con carácter indefinido es viable económicamente y por tanto sostenible.** Se trata, en suma, de una medida dirigida a facilitar las decisiones de creación de empleo estable de las pequeñas y medianas empresas (que constituyen la inmensa mayoría del tejido empresarial español), reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial, en una coyuntura económica tan difícil y adversa como la actual. En cualquier caso, también hemos destacado las limitaciones legales a que queda sometida la aplicación de la medida, que nos han llevado a concluir que la previsión impugnada supera las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad.

También ahora con relación al *art. 37.1 CE*, por las mismas razones, ha de alcanzarse idéntica conclusión. La configuración legal como norma de Derecho necesario absoluto de la duración del período de prueba de un año en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores actúa como garantía hábil para evitar que, a través de la negociación colectiva, se pueda reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida que mediante esta medida ha querido introducir el legislador; la decisión legislativa impugnada contribuye pues a impedir que la actuación de la autonomía colectiva pueda frustrar el legítimo y ya comentado objetivo de creación de empleo estable que se pretende alcanzar a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico. Por ello, vista la finalidad y alcance de la previsión cuestionada, y una vez ponderados los intereses constitucionales en juego, hemos de declarar que no puede tildarse de lesiva del *art. 37.1 CE* la decisión del legislador de establecer en un año la duración del período de prueba del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, con el carácter de norma imperativa indisponible para la negociación colectiva.

D) La igualmente aducida infracción del *art. 24.1 CE* se hace depender, en el recurso, de la concreta configuración del período de prueba en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores; en cuanto reconoce al empresario la plena libertad de desistimiento del contrato durante un período muy dilatado (un año), priva, a juicio del Letrado del Parlamento de Navarra, al trabajador de capacidad de reacción frente al desistimiento empresarial, impidiendo el control judicial de dicha decisión. Esta pretendida infracción del derecho a la tutela judicial efectiva resultaría agravada, según el recurrente, por el hecho de que el desistimiento empresarial no lleve aparejado ningún tipo de resarcimiento al trabajador.

No puede, sin embargo, apreciarse tal vulneración, por carecer de fundamento. El derecho a la tutela judicial efectiva se reconoce por el *art. 24.1 CE* "en el ejercicio" de los derechos e intereses legítimos, siendo las normas sustantivas (en este caso el *art. 4 de la Ley 3/2012*) las que delimitan el alcance de tales derechos e intereses. Respecto a la decisión empresarial de desistimiento durante el período de prueba en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores está garantizado el pleno acceso a la tutela de los Jueces y Tribunales para impugnar las decisiones no ajustadas al régimen jurídico establecido por la Ley; ya sea por el ejercicio del desistimiento una vez transcurrido el período máximo de duración del periodo de prueba, o porque se haya establecido el período de prueba en supuestos en los que la propia Ley lo excluye expresamente (cuando el trabajador haya desempeñado ya las mismas funciones con anterioridad en la empresa). Igualmente para impugnar aquellas decisiones que se hayan adoptado por motivos discriminatorios o contrarios a los derechos fundamentales del trabajador (por todas, *SSTC 94/1984, de 16 de octubre*, y *166/1988, de 26 de septiembre*). Lo que no garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva (*art. 24.1 CE*) es el acceso a la jurisdicción para exigir una justificación causal del desistimiento empresarial en todo caso, o una indemnización en caso de desistimiento; exigencias que la norma sustantiva no contempla en la configuración de la institución considerada (ni respecto del periodo de prueba regulado con carácter general en el *art. 14 LET*, ni respecto del periodo de prueba específico regulado en el *art. 4.3 de la Ley 3/2012*).

Por todo lo razonado debemos desestimar la impugnación del *art. 4.3 de la Ley 3/2012* “(la negrita es nuestra).

ⁱⁱ Explicación en la Exposición de Motivos. “Junto a la supresión del «despido exprés» se introducen otras modificaciones en las normas que aluden a los salarios de tramitación, manteniendo la obligación de empresarial de abonarlos únicamente en los supuestos de readmisión del trabajador, bien por así

haber optado el empresario ante un despido declarado improcedente, bien como consecuencia de la calificación de nulidad del mismo. En caso de los despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, el no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Por lo demás, los salarios de tramitación actúan en ocasiones como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días.” .

ⁱⁱⁱ Exposición de Motivos de la Reforma Laboral de febrero de 2012: “...La crisis económica ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español. Los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral y requieren una reforma de envergadura, que, pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado nuestra situación, por los mercados internacionales que contemplan la situación de nuestro mercado de trabajo con enorme desasosiego y, sobre todo, por los datos de nuestra realidad laboral, que esconden verdaderos dramas humanos. Las cifras expuestas ponen de manifiesto que las reformas laborales realizadas en los últimos años, aún bienintencionadas y orientadas en la buena dirección, han sido reformas fallidas...” .

^{iv} 4. En segundo lugar el Letrado del Parlamento de Navarra impugna el *apartado uno del art. 14 de la Ley 3/2012* , precepto que modifica el *art. 82.3 LET, atribuyendo a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, la facultad de acordar la inaplicación ("descuelgue") de lo pactado por los representantes de los trabajadores y los empresarios en un convenio colectivo de los contemplados en el título III LET*. A juicio del Parlamento recurrente, tal previsión vulnera el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (*art. 37.1 CE*), el ejercicio de la actividad sindical garantizado a través del reconocimiento constitucional de la libertad sindical (*art. 28.1 CE*), así como el derecho a la tutela judicial efectiva (*art. 24.1 CE*)... .

La posibilidad que contempla el *art. 82.3 LET, en la redacción dada por el art. 14.1 de la Ley 3/2012* , de inaplicación de las condiciones establecidas en un convenio colectivo, constituye una excepción a la fuerza vinculante del convenio. Así lo configura expresamente el propio *art. 82.3 LET*, al establecer en su párrafo inicial la regla general de que los convenios colectivos regulados por la Ley "obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia"; contempla, a continuación, la posibilidad de que las partes acuerden la inaplicación ("descuelgue") en la empresa de lo pactado en el convenio colectivo, en alguna de las materias que el precepto señala, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, previo desarrollo de un periodo de consultas al efecto.

La regulación contenida en el *art. 82.3 LET* constituye, pues, una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados en el título III LET; en su virtud es posible pretender tanto la inaplicación de un convenio de empresa como la de un convenio sectorial. La norma responde a una finalidad constitucionalmente legítima; pretende posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas que concurren en una empresa después de la aprobación del convenio, ante el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y, con ello, el empleo, cuya protección constituye un deber de los poderes públicos (*art. 40 CE*)... .

6. Impugna asimismo el Parlamento recurrente el *apartado tres del art. 14 de la Ley 3/2012* , que da

nueva redacción al *apartado 2 del art. 84 LET*. Entiende que esta regulación vulnera el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios del *art. 37.1 CE*, así como la libertad sindical (*art. 28.1 CE*), en la medida en que el precepto impugnado establece, en primer lugar, la aplicación prioritaria de los convenios de empresa sobre los convenios de ámbito superior en una serie de materias; en segundo lugar, que los convenios de empresa podrán ser negociados en cualquier momento de la vigencia de los convenios de ámbito superior; en tercer lugar, que los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos sectoriales, a los que se refiere el *art. 83.2 LET*, no podrán disponer de esta prioridad aplicativa de los convenios de empresa. El Abogado del Estado niega que la regulación impugnada infrinja los *arts. 37.1 y 28.1 CE*, conforme a los razonamientos que han quedado resumidos en los antecedentes de esta Sentencia...

f) Como conclusión de todo lo razonado debemos afirmar que, siendo incuestionable que la descentralización de la negociación colectiva constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política social y económica que estime relevantes, la modificación introducida por el *art. 14.3 de la Ley 3/2012* en el *art. 84.2 LET*, tanto en lo relativo a la posibilidad de negociación de convenios de empresa dotados de prioridad aplicativa en cualquier momento de la vigencia de un convenio sectorial de ámbito superior, como en lo referido a la prohibición a los acuerdos interprofesionales y a los convenios colectivos sectoriales de disponer de tal prioridad aplicativa, no vulnera el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (*art. 37.1 CE*), ni tampoco la libertad sindical (*art. 28.1 CE*).