

DE LA FLEXIBILIDAD AL DETERIORO

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Fernando Suárez González

Se cumplen ahora seis años desde que, en mi anual intervención ante esta Real Academia¹, me atreví a cuestionar la eficacia de las reformas laborales en relación con el gran objetivo nacional de creación de puestos de trabajo. Me referí entonces a las treinta y cinco modificaciones que había sufrido la Ley del estatuto de los trabajadores en los primeros treinta años de su vigencia, es decir, entre 1980 y 2010, con reiteradas proclamaciones de que su propósito era la creación de empleo, y constaté que la que era entonces la última de aquellas reformas -introducida por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio², convertido en Ley 35/2010, de 17 de septiembre³, lejos de conseguir su propósito, había visto elevarse el desempleo desde los 3.982.368 parados que había cuando se aprobó la Ley a los 4.299.263 que estaban registrados cuando yo hablaba aquí, es decir, 316.895 parados más.

El frenesí legislativo insistió todavía en su adicción a las medidas urgentes y flexibilizadoras y así conocimos aquel mismo año 2011 el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio⁴, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva que modificó ampliamente el Título III de la Ley del estatuto y el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto⁵, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo. En el año siguiente, supuso una nueva reforma, ésta de gran calado, el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero⁶, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, convertido en la Ley

¹ Sesión del 8 de marzo de 2011.

² *BOE* del 17 y del 18.

³ *BOE* del 18.

⁴ *BOE* del 11.

⁵ *BOE* del 30.

⁶ *BOE* del 11.

3/2012, de 6 de julio⁷, de idéntica denominación. Todavía el Real Decreto-Ley 1/2013, de 25 de enero⁸ adoptó medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas y la Ley 11/2013, de 26 de julio⁹ introdujo medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

Esta última Ley es un ejemplo terminante de cómo no se debiera legislar. Impermeable a las críticas de la mejor doctrina e incluso del Consejo de Estado, el Gobierno —que cuando dispone de mayoría parlamentaria absoluta es el verdadero legislador— modifica en ella otras diecisiete leyes, incluía la aprobada un año antes y, por supuesto, el estatuto de los trabajadores, tres Reales Decretos-Ley y cuatro Decretos, algunos de cuyos preceptos alcanzan así rango de Ley. La disposición final duodécima de esta Ley 11/2013 evita problemas de futuro con este monumento a la incongruencia: “Las modificaciones que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, puedan realizarse respecto a las normas reglamentarias que son objeto de modificación por la misma, podrán efectuarse por normas del rango reglamentario correspondiente a la norma en que figuran”. Tan barroca aclaración podía haberse evitado modificando los Decretos por nuevos Decretos y no por Leyes creadoras de confusión.

Yo tengo que confesar que soy incapaz de entender que la Ley de contratos del sector público se modifique en el artículo 15 y en la disposición final séptima de esta Ley 11/2013 o que el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados se modifique en el artículo 17 y la Ley del mismo nombre en la disposición final decimocuarta.

El destrozo producido en el ordenamiento por tantas reformas parciales, instrumentadas como medidas urgentes, provocó la Ley 20/2014, de 29 de octubre¹⁰, por la que se delegó en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, entre ellos el de la Ley del estatuto de los trabajadores. Así hemos llegado al Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre¹¹, por el que se aprueba el referido texto refundido que es, por ahora, la última versión de la norma prevista en el artículo 35.2 de la Constitución. No me parece anecdótico subrayar aquí que la Ley del estatuto de los trabajadores de 1980 ocupaba diecisiete páginas del Boletín Oficial y que el texto refundido de 2015 ocupa ochenta y cinco. La tipografía es ahora ligeramente mayor, pero la inflación resulta evidente y da la impresión de que no se pretende tanto legislar cuanto reglamentar.

⁷ BOE del 7.

⁸ BOE del 26.

⁹ BOE del 27.

¹⁰ BOE del 30.

¹¹ BOE del 24.

La última gran reforma ha sido, pues, la de 2012-2013 que, cuatro años después, merece el análisis objetivo de sus resultados. La referencia a la objetividad es tanto más inexcusable cuanto que las fuerzas políticas en presencia están radical y completamente divididas en su enjuiciamiento y, lo que es peor, en sus intenciones de futuro: El Partido Popular, aferrándose al muy cuestionable principio “*post hoc, propter hoc*”, atribuye a sus reformas el descenso del paro, en tanto que el Partido Socialista y Podemos han conseguido aprobar una proposición no de ley pidiendo su completa derogación. En la votación que tuvo lugar en el Congreso de los Diputados el 13 de diciembre de 2016, Ciudadanos y el Partido Demócrata Catalán se abstuvieron por preferir los retoques a la derogación, de modo que no es seguro que haya una mayoría parlamentaria capaz de defender su íntegra vigencia.

Antes de intentar examinar, con la brevedad que el tiempo nos impone, lo esencial de la cuestionada reforma, es obligado advertir sobre su plena constitucionalidad, atacada desde el primer día y desde diversos frentes.

En efecto, apenas entrado en vigor el Real Decreto-Ley, el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid planteó una cuestión de inconstitucionalidad que fue inadmitida por el Auto del Tribunal Constitucional 43/2014, de 12 de febrero¹². Después, y ya contra la Ley, presentaron recursos de inconstitucionalidad el Parlamento de Navarra, por un lado, y diputados socialistas y de Izquierda Unida por otro, sosteniendo éstos que la Ley nacía al mundo del Derecho fuera de las coordenadas constitucionales. Ambos recursos fueron desestimados por sendas sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional¹³, que se limitó a la correcta interpretación de uno de los preceptos en la primera de ellas, de la que fue ponente, por cierto, el muy competente Magistrado D. Andrés Ollero. Tanto el Auto antes citado como las dos sentencias aludidas provocaron el voto particular de tres magistrados discrepantes.

Veamos, pues, algunos de los temas clave de la tan debatida reforma de los años 2012-2013.

1. LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Uno de los objetivos fundamentales de las modificaciones del año 2012 fue, sin duda, la reforma de la contratación colectiva en tres concretos puntos clave: Facilitando la inaplicación del convenio de sector o territorial a la empresa en dificultades, lo que se conoce con el nombre de “descuelgue”; estimulando

¹² BOE del 11 de marzo.

¹³ Sentencias 119/2014, de 16 de julio (BOE del 15 de agosto) y 8/2015, de 22 de enero (BOE del 24 de febrero).

los convenios de empresa frente a los de sector o territoriales y limitando la tradicional “ultraactividad” de los convenios. Lo anunciaba expresamente el preámbulo del Decreto-Ley, reproducido en la Ley: “En materia de negociación colectiva se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos. Las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”.

A) El descuelgue

Desde 1994 está autorizado el descuelgue, aunque sólo en el régimen salarial¹⁴. “La reforma de 2010 —se lee en los preámbulos de la reforma de 2012— pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue pero, a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis económica, no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno. La norma estatal no ha garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo. Por ello, en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, esta Ley incorpora una modificación del régimen del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas. Se trata, en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española”.

Así pues, el descuelgue del régimen salarial se extiende a jornada, horarios, trabajo a turnos y otras condiciones de la relación laboral que son literalmente las mismas que permiten la modificación sustancial y colectiva de las condiciones de trabajo (artículo 41.4), (con el único añadido de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, artículo 82.3), lo que provoca en las empresas cierta perplejidad sobre el mecanismo más aconsejable en caso de necesidad, supuesto que en uno y otro caso se exige un idéntico período de consultas con los representantes de los trabajadores.

¹⁴ Artículo 82.3 de la Let, en la redacción dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo (BOE del 23).

La jurisprudencia ha tenido por ello que establecer las diferencias y semejanzas entre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el descuelgue y así lo han hecho las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2014¹⁵ y de 23 de junio de 2015¹⁶, según las cuales:

- Las causas son similares, porque en ambos casos se pretende buscar una solución a problemas de dificultad económica, falta de competitividad o de productividad, o necesidad de organización técnica del trabajo en la empresa.
- La lista de materias susceptibles de modificación sustancial es abierta, de modo que la contenida en el artículo 41 de la Ley del estatuto de los trabajadores es ejemplificativa, en tanto que la del artículo 82.3 para la inaplicación del convenio es cerrada e incluye las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.
- Sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento de modificación, en tanto que las alteraciones de las previstas en el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al descuelgue del artículo 82.3.
- La decisión de modificación de las condiciones de trabajo, sea de carácter individual o colectivo, compete al empresario, quien puede imponerla aunque no haya acuerdo con la representación legal de los trabajadores. Por el contrario, la inaplicación del convenio no puede llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario y es necesario el pacto o el laudo sustitutivo.
- Mientras la duración del descuelgue no puede ir más allá del tiempo de aplicación del convenio, la vigencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo no aparece legalmente limitada en su duración temporal.
- Hay también diferencias respecto de los plazos de impugnación, de la modalidad procesal de la misma y de las consecuencias.

Otro problema está en que la Ley no precisa la documentación que hay que facilitar a esos representantes, tanto para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo como para el descuelgue, en tanto que sí lo hace para las consultas sobre despidos colectivos (artículo 51.2) y ha sido la jurisprudencia la

¹⁵ En rec. 24/2014.

¹⁶ En rec. 315/2013.

que ha llenado ese vacío legal, equiparando ambos supuestos y exigiendo la documentación necesaria sobre las causas que motivan la decisión empresarial, pero sin llegar a la que se exige en los despidos colectivos, supuesto que la intención del legislador es la de hacer más fáciles las medidas de flexibilidad interna.

B) El estímulo del convenio de empresa frente al del sector o el territorial

Ya en la reforma del año 2010 se pretendió dar prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios de ámbito superior en un conjunto de materias que se consideraban primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo, pero la descentralización que se deseaba se dejó en manos de los convenios estatales o autonómicos que podían impedir el objetivo del legislador. Por eso la reforma de 2012, reconociendo ese hecho, intentará garantizar esa descentralización “en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores” y de ahí que el artículo 84.2 de la Ley del estatuto de los trabajadores disponga que “la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior” en el conjunto de materias que enumera.

La estadística no parece confirmar un gran éxito en este punto. Es muy posible que se produzcan distorsiones en estas cifras porque los convenios tienen períodos de vigencia distintos y las reproduzco con el temor reverencial de quien no es experto en la materia, pero lo cierto es que, según el propio Ministerio de Empleo los convenios colectivos de empresa firmados entre 2013 y 2016 fueron los siguientes:

Año	Número de convenios de empresa	Trabajadores incluidos
2013	1897	376.470
2014	1522	249.303
2015	1247	169.934
2016	931	185.559

Por otra parte, la jurisprudencia ha interpretado restrictivamente el precepto, negando validez a los convenios de centro de trabajo, lo que equivale a poner límite a la descentralización¹⁷.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo del 22 de septiembre de 2016, en rec. 248/2015.

C) La limitación de la ultraactividad

En el estatuto de los trabajadores, “denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia solamente sus cláusulas obligacionales, manteniéndose en vigor, en cambio, su contenido normativo” (artículo 86.3). En 1994 se sustituyó esa fórmula por la de atribuir la decisión a las partes, pero manteniendo que “en defecto de pacto, se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio”¹⁸, pero en la reforma de 2012 se introduce una innovación trascendental: “La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio. Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia... Transcurrido un año¹⁹ desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”.

La redacción de este último párrafo no parece muy afortunada, porque la cuestionaron enseguida la Audiencia Nacional²⁰ y los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco²² y de Baleares²². Cuando analizó el precepto el Tribunal Supremo²³ se deleitó, incluso con alguna fruición, en hacer reproches al legislador, empezando por decir que “el nuevo texto plantea algunas dudas interpretativas, esencialmente dos: La primera es qué debe entenderse por convenio colectivo de ámbito superior, habida cuenta de que dicho ámbito puede referirse... bien al ámbito territorial o bien al ámbito funcional. O si se pueden combinar los dos ámbitos para determinar el convenio aplicable. O si no, cual de ellos debe prevalecer. O si, habiendo varios convenios de ámbito superior -por ejemplo, dos convenios sectoriales, uno provincial y otro estatal, ambos superiores al de empresa que ha perdido su vigencia- debe escogerse como aplicable para sustituirlo el inmediatamente superior o el “de ámbito más superior de todos”. Y todo ello, partiendo de la base de que desde el punto de vista de la jerarquía de las normas, todos los convenios tienen el mismo rango, independientemente de sus respectivos ámbitos más o menos extensos”.

Me parece evidente que el Tribunal Supremo se recrea en mortificar al legislador, porque a continuación añade: “Las preguntas se podrían multiplicar,

¹⁸ Artículo 86.3, según la redacción dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo (BOE del 23). El Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio (BOE del 11), de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, que redactó de nuevo el precepto, mantuvo en la hipótesis la vigencia del convenio colectivo.

¹⁹ El Real Decreto-Ley 3/2012 decía “Transcurridos dos años”, pero en la tramitación parlamentaria para convertirlo en Ley se redujo a uno.

²⁰ Sentencia 149/2013 del 23 de julio.

²¹ Sentencia de 26 de noviembre de 2013.

²² Sentencia de 20 de diciembre de 2013.

²³ Sentencia de la Sala de lo Social de 22 de diciembre de 2014, en rec. 264/2014.

pero no procede porque, en el caso que se nos plantea, se da como probado que no existe convenio colectivo alguno de ámbito superior al de empresa que ha perdido vigencia por haber finalizado su período de ultraactividad”. El Supremo podía haber omitido esa duda interpretativa que no hacía al caso, pero no tardó en presentarse la ocasión que le obligaba a abordar el problema. Concluida la vigencia del convenio estatal de fabricantes de helados, acordaron las partes abrir un proceso de negociación que concluiría el 31 de diciembre de 2013, hasta cuya fecha se mantenían las condiciones del convenio y que si el período de negociación concluía sin acuerdo el compromiso empresarial terminaba de forma automática y, sin necesidad de ninguna formalidad o preaviso, se liberaría a las empresas de la obligación de seguir manteniendo las condiciones del convenio caducado.

Ocurrió exactamente así, de modo que, al no lograrse el acuerdo, cada empresa fabricante de helados adoptó las medidas que estimó convenientes, no faltando las que comunicaron a sus trabajadores que sus relaciones pasaban a regirse por las normas legales y reglamentarias, los pactos de empresa y el contrato de trabajo. De ahí que la Federación Agroalimentaria de Comisiones Obreras planteara conflicto colectivo contra la Asociación española de fabricantes de helados ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, solicitando la aplicación del convenio de industrias lácteas y que se respetaran las condiciones contractuales individuales que venían disfrutando los trabajadores más favorables que las previstas en el convenio de industrias lácteas.

La Audiencia Nacional entendió que no estábamos ante convenios concurrentes en cuanto a su ámbito de aplicación y que, rechazada la pretensión de que se aplicara el convenio de industrias lácteas, ni era posible entrar a conocer qué condiciones laborales eran más favorables para el trabajador ni la asociación patronal demandada era la empleadora que pudiera ser obligada a respetar las condiciones laborales de los trabajadores²⁴.

Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo desestima el recurso²⁵ reiterando que el convenio de industrias alimenticias es inaplicable a los fabricantes de helados porque no es de ámbito superior —ambos son, en efecto, nacionales— y porque no regula las mismas actividades: “Las alegaciones de la demandante relativas a que el ámbito superior al que remite la ley es el de la actividad, lo que supondría englobar en la industria láctea la fabricación de helados, no son de recibo —dice la sentencia— porque aunque estemos ante una actividad económica similar, la actividad es diferente por los productos que se usan, la elaboración e, incluso, el carácter estacional. Por ello, desde antiguo hubo convenios colectivos diferentes... Lo que se deriva de los artícu-

²⁴ Sentencia 64/2014, de 31 de enero.

²⁵ Sentencia de la Sala de lo Social de 27 de noviembre de 2015, en recurso 316/2014.

los 84.1 y 86.3 del estatuto de los trabajadores es que los convenios colectivos deben ser concurrentes en la expresa regulación de determinada actividad y que la pérdida de vigencia del que resulta aplicable conlleva la aplicación del que tiene un ámbito superior y antes no se aplicaba por la vigencia del otro. Por ello, como en el presente caso no existía concurrencia en la regulación de la actividad ni el convenio que queda vigente era de ámbito superior, procede desestimar el recurso”.

El fallo se presta a algunos comentarios. Es absolutamente cierto que la fabricación de helados nunca estuvo regulada por las normas aplicables a las industrias lácteas, sino por las de la alimentación. La Reglamentación correspondiente se aprobó por la Orden Ministerial de 8 de julio de 1975²⁶ que firmé yo mismo y en su artículo 2º se definía su ámbito funcional, incluyendo la “fabricación de helados” en las actividades industriales que regulaba. La Ley del estatuto de los trabajadores obligó en 1980 a sustituir las antiguas reglamentaciones y ordenanzas por convenios colectivos en un plazo que se fue prorrogando hasta 1994 y, como en la industria de la alimentación no se logró el acuerdo, hubo que recurrir al laudo arbitral que firmó Valdés Dal Re el 29 de marzo de 1996²⁷, en el que no se incluía ya a los fabricantes de helados, porque éstos habían celebrado su propio convenio²⁸. No era fácil, pues, que el Tribunal Supremo considerara aplicable ningún convenio de ámbito superior, como hizo, en cambio, cuando aplicó el convenio de la industria siderometalúrgica a una empresa cuyas negociaciones de un nuevo convenio concluyeron sin acuerdo²⁹.

“La segunda duda interpretativa —sigue diciendo esta sentencia— se centra en determinar qué ocurre en un caso como el que, precisamente, se plantea por primera vez ante esta Sala IV, a saber: Si no hay convenio de ámbito superior aplicable, ¿cómo se regularán, a partir de la pérdida de vigencia del convenio en cuestión, los respectivos derechos y obligaciones de las partes? La duda, en este caso, no consiste —como en el caso anterior— en interpretar qué ha querido decir el legislador cuando se refiere a un “convenio colectivo de ámbito superior”, sino en colmar la laguna legal³⁰ consistente en que el legislador no ha dicho absolutamente nada respecto de dicha situación que, desde luego, a nadie se le escapa que es verdaderamente problemática”.

El Tribunal Supremo deja constancia de que hay dos soluciones radicalmente opuestas: La *rupturista*, que hace tabla rasa del convenio fenecido, de modo que los derechos y obligaciones de las partes pasan a regirse exclusivamente por las normas estatales, legales y reglamentarias, y la *conservacionista*,

²⁶ BOE del 22.

²⁷ BOE del 4 de junio.

²⁸ Res. de la DGT de 18 de abril de 1995 (BOE del 5 de mayo).

²⁹ Sentencia del 18 de octubre de 2016, en rec. 205/2015.

³⁰ “Inaceptable laguna”, dice el Magistrado De Castro Fernández en su voto particular.

según la cual deben mantenerse las condiciones laborales del convenio que ha perdido vigencia, porque han pasado a formar parte del sinalagma contractual establecido entre las partes.

“Esta Sala entiende —y lo dice literalmente— que la tesis jurídicamente correcta es la segunda”, porque la tesis rupturista alteraría sustancialmente las condiciones para ambas partes en un ámbito como el social en el que los mínimos de derecho necesario se fijan no sólo en las normas estatales, sino también en los convenios colectivos, a los que el legislador remite en materias importantísimas que el estatuto de los trabajadores no regula suficientemente. En la tesis rupturista —sostiene la sentencia— “se producirían indeseables consecuencias para ambas partes como, entre otras, que cualquier trabajador (con independencia de la labor desempeñada y de su titulación) pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el empresario no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido, etc. etc.”.

De ahí que el Tribunal Supremo se incline por la tesis conservacionista. Según él, las condiciones laborales de un trabajador están reguladas en su contrato de trabajo, que es un contrato vivo que va incorporando las condiciones que surgen de las nuevas normas legales y convencionales, de modo que “cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque como se ha dicho algunas veces las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento, sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente”.

Con tal conclusión, el Tribunal Supremo parece reducir la pérdida de ultraactividad de los convenios a los trabajadores de nuevo ingreso, carentes de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido y añade, incluso, que no puede abordar en ese momento los problemas de doble escala salarial, de discriminación y otros, a que su tesis puede dar lugar.

No he dicho aún que la sentencia comentada desestimó el recurso de casación de una empresa de Baleares que había visto anulada por el Tribunal Superior de Justicia de las islas su interpretación del artículo 86.3, a demanda de USO, UGT, CSIF y CCOO. Se trata de una sentencia singular, porque la dicta el Pleno de la Sala de lo Social, integrada por catorce Magistrados, pero con cuatro votos particulares, a uno de los cuales se adhieren otros cuatro Magistrados, entre ellos el Presidente de la Sala, de manera que ocho de los catorce discrepan de las argumentaciones de la sentencia, aunque solo cinco discrepan

del fallo que es, por lo mismo, mayoritario³¹. Dentro de la extraordinaria confusión a que conduce la lectura de esos cuatro votos particulares, lo que se puede deducir con seguridad de tan laberíntica situación es que hay en el conjunto cinco distintas interpretaciones del artículo 86.3 de la Ley del estatuto de los trabajadores. La preferida por el Tribunal deja, sin embargo la impresión, expuesta en el voto particular del Magistrado Sempere Navarro, de que la solución al problema no puede estar predeterminada por el deseo de evitar los inconvenientes de la respuesta jurídica que se debió otorgar: “Si la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico —dice Sempere— abocan a resolver un problema de modo determinado, el intérprete no puede alterar su conclusión porque le desagraden las consecuencias de ella. No cabe construir unos argumentos *ad casum* para alcanzar la solución deseada, a costa de prescindir del mandato de las propias leyes”.

Tres meses después vuelve el Tribunal Supremo a pronunciarse sobre el problema, esta vez en el conflicto del sindicato de pilotos (SEPLA) contra la compañía Air Nostrum³² que sostenía la limitación a un año de la ultraactividad del convenio. El Tribunal Supremo consolida su doctrina, pero esta vez no recurre a su tesis de la incorporación al contrato individual de las cláusulas del convenio colectivo, tan contestada en su propio seno. Como el convenio colectivo caducado disponía que seguiría en vigor hasta la aprobación del siguiente, el Tribunal entiende que ese es el pacto en contrario a que se refiere el nuevo artículo 86.3, en el que no está dicho que el pacto haya de suscribirse con posterioridad y donde la ley no distingue, no hay que distinguir.

De nuevo resulta irrefutable el argumento del voto particular de Sempere Navarro que se ciñe a la expresión “salvo pacto en contrario” para defender que tal pacto debe ser posterior y no anterior a la terminación de la vigencia del convenio. Según Sempere —mucho más convincente que el fallo de la Sala— si la regla primera del artículo 86.3 es que “la vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio, no tiene sentido la regla cuarta, salvo que diga algo distinto. El Magistrado discrepante invoca el debate parlamentario, del que se deduce terminantemente el propósito de limitar la posibilidad de que las partes no lleguen a un acuerdo como estrategia para mantener derechos del convenio denunciado y concluye que “la Ley 33/2012 quiso establecer un tope a la vigencia del convenio colectivo ya vencido y denunciado, extrayendo esa materia del régimen general autonomista”.

³¹ Los votos particulares son un injerto anglosajón que no existe en Francia ni en Italia y que en Alemania se admite sólo en el Tribunal Constitucional.

³² Sentencia del 17 de marzo de 2015, en recurso 233/2013.

Pese a las sólidas argumentaciones de este Magistrado, varias sentencias posteriores han consolidado esta doctrina³³, “por elementales razones de seguridad jurídica”, como se dice expresamente en alguna de ellas³⁴.

El resumen del resumen es que el Gobierno y el Parlamento pretendían —lo dice la exposición de motivos de la Ley— “evitar una *petrificación* de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año”, y que el Jurisdiccional, tras recordar que “una exposición de motivos no es una norma... por lo que no cabe invocarla para propugnar una determinada interpretación del precepto”, decida que todo debe seguir como antes de la reforma en los muchísimos convenios que tienen pactada su ultraactividad indefinida.

2. EL DESPIDO COLECTIVO

Ya me referí a este punto en otra de mis intervenciones en esta Academia, en junio de 2013, y comenté entonces que el sistema de autorización administrativa para despedir por causas económicas que había estado en vigor desde 1935, es decir, durante setenta y siete años, fue sustituido por un período de consultas con los representantes de los trabajadores que exige a la empresa aportar una agobiante documentación, sometiendo a revisión judicial la decisión que finalmente adopte el empresario.

Dije entonces que se había abierto la puerta a un desmesurado incremento de la litigiosidad, que de las treinta primeras sentencias dictadas después de la reforma, tanto por los diversos Tribunales Superiores de Justicia como por la Audiencia Nacional, solo nueve declararon ajustada a derecho la decisión empresarial y que las empresas empezaban a preferir la sustitución de esos complejos mecanismos por la utilización del despido improcedente que, aún con indemnizaciones notoriamente mayores, resultaba mucho más expeditivo y conveniente. De ahí que la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2012 declare que “el empresario no puede legítimamente optar —para extinguir un número de contratos de trabajo que alcance los umbrales del artículo 51.1 del estatuto de los trabajadores— entre seguir el oportuno expediente de regulación de empleo con extinción indemnizada de veinte días por año de servicio o bien acudir al cese ordinario de los mismos trabajadores y abonar una indemnización de cuarenta y cinco días por año de servicio, pues los plurales intereses en juego

³³ Sentencias del 2 de julio de 2015, en recurso 1699/2014; 7 de julio de 2015, en recurso 193/2014; 18 de mayo de 2016, en rec. 100/20015 y 6 de julio de 2016, en rec. 155/2015.

³⁴ Sentencia del 17 de noviembre de 2015, en recurso 321/2014.

(empresariales; públicos; y de los concretos trabajadores afectados) le imponen preceptivamente que haya de seguir el cauce colectivo que contempla el citado artículo 51 del estatuto”.

Es lo cierto que, antes de la reforma, el 90% de los procedimientos se cerraba con acuerdos de ambas partes y que después descendieron bastante.

Vistas las cosas cinco años después, la proclamación del legislador de que buscaba “la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales” se presta al sarcasmo. Cité aquí — y está en nuestros *Anales*— el caso de la empresa Celsa Atlantic S.L. cuyos despidos mediante expedientes de regulación de empleo había declarado nulos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 9 de octubre de 2012, porque autorizado el despido de noventa y un trabajadores, el resto de la plantilla se declaró en huelga. La empresa decidió extender el expediente a los trescientos cincuenta y ocho y el Tribunal Superior entendió que se trataba de una medida de retorsión que lesionaba el derecho fundamental de huelga de aquella plantilla y de ahí su sentencia declarando la nulidad.

No podía yo entonces añadir que, recurrida ante el Supremo, decidió éste casarla parcialmente³⁵, de manera que el Pleno de la Sala de lo Social, con trece Magistrados, nos deparó otra sentencia singular: El Magistrado ponente, que era el Presidente de la Sala, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la misma y que formularía voto particular. Se encomendó, pues, la ponencia a otro Magistrado que empezó por señalar “la apreciable complicación fáctica” y “la notable complejidad jurídica”, tanto sustantiva como procesal, del asunto. Como en el expediente no constan variaciones significativas en la situación económica y productiva de la empresa entre el primer expediente y el inicio del segundo y el acuerdo de recurrir a éste se produjo al día siguiente del inicio de la huelga, el Supremo considera que hay indicios de una lesión del derecho de huelga y declara nula la elevación de los despidos a trescientos cincuenta y ocho trabajadores, pero no la de los noventa y uno anunciada al final del período de consultas.

Al voto particular del discrepante Presidente se adhirieron otros cuatro Magistrados y hubo todavía una sexta Magistrada que formuló su propio voto particular defendiendo que se desestimara el recurso de casación. Una sentencia acordada por trece Magistrados con seis discrepantes no resulta muy tranquilizadora y de ahí que los representantes de los trabajadores formularan incidente de nulidad de actuaciones que la misma Sala IV del Tribunal Supremo —ahora con catorce Magistrados— acuerda estimar en su Auto del 26 de marzo de 2014. Según este Auto, del que es ponente el Presidente de la Sala que había

³⁵ Sentencia del 20 de septiembre de 2013, en rec. 11/2013.

formulado voto particular, “la gran dificultad fáctica y jurídica expuesta ha podido determinar que la Sala, en la sentencia ahora cuestionada en el incidente de nulidad, al conectar directamente los dos procedimientos de despido realizados en la empresa casi sin solución de continuidad, resolviera sobre ambos como si de un único procedimiento se tratara, cuando en realidad el único procedimiento de despido colectivo realmente impugnado es el iniciado en fecha 16 de mayo de 2012 que concluye con la decisión final empresarial, fundada exclusivamente en causas económicas, adoptada el día 18 de junio de 2012, consistente en... la extinción de los contratos de toda la plantilla”.

Invocando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la incongruencia y admitiendo que lo discutido era el despido de todos los trabajadores y que entró a conocer en el despido de los noventa y uno que no se cuestionaba, el Supremo se siente obligado a decretar la nulidad de su sentencia, reponiendo las actuaciones al estado en que se hallaba en el momento anterior de la referida sentencia a fin de que, tras la oportuna deliberación, se dicte una nueva resolviendo las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito.

Para que nada falte, la sentencia contiene el voto particular de un Magistrado al que se adhieren otros cinco que rechazan terminantemente la nulidad declarada. Esta vez la diferencia es de ocho-seis.

Como es natural, la anulación de la sentencia del 20 de septiembre de 2013 por este Auto del 26 de marzo de 2014 obligaba a dictar una nueva y llegamos así a la sentencia del 18 de julio de 2014 que confirma la sentencia inicial del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, lo que equivale a declarar la nulidad de todos los despidos. Esta vez, los votos particulares son solamente dos.

En conclusión, la regulación de empleo que inició la empresa Celsa Atlantic S.L. en abril de 2012, en circunstancias que la jurisdicción social ha aceptado siempre que eran económicamente difíciles, ha concluido en julio de 2014 en la forma que ha quedado descrita y que está bien lejos de la celeridad pretendida por el legislador³⁶.

³⁶ No son infrecuentes los casos en los que los Tribunales Superiores de Justicia declaran ajustadas a Derecho las decisiones empresariales y el Tribunal Supremo, por el contrario, casa la sentencia de instancia y declara la nulidad de los despidos. Así ha ocurrido con el despido colectivo de los trabajadores de la plantilla de la Estación de servicio Repsol de Mairena del Aljarafe, decidido el 4 de julio de 2012, declarado ajustado a Derecho por la sentencia del TSJ de Andalucía (sede Sevilla) del 11 de octubre de 2012, en procedimiento 4/12, y convertido en nulo por la STS de 18 de febrero de 2014, en rec. 108/2013. Los despidos colectivos decididos por los Consorcios de las Uniones Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT) y el Servicio Andaluz de Empleo han sido declarados ajustados a Derecho por el TSJ de Andalucía (sede Granada) y anulados por el Tribunal Supremo, con obligación de readmitir. En Andalucía llegaron a ser noventa y cinco tales Consorcios y no estamos en condiciones de investigar los despidos colectivos de todos ellos, pero se puede comprobar que el decidido el 4 de octubre de 2012 por el de Sierra Morena fue declarado ajustado a Derecho por la sentencia del TSJ de Andalucía (sede Granada) de 21 de febrero de 2013 y declarado nulo por la sentencia del TS de 17 de febrero de 2014, en rec. 142/2013; el decidido el 25 de septiembre de 2012 por el Consorcio de la Sierra de Cazorla fue

Más largo aún ha sido el caso de la CocaCola resultante de la fusión de las ocho distribuidoras de ese producto que acordaron integrarse en una sola sociedad de nueva creación y decidieron, el 2 de enero de 2014, iniciar las conversaciones para reajustar y reducir las plantillas. Es un hecho pacífico que, en la negociación durante el período de consultas, la empresa partió del cierre de cuatro centros y éstos declararon una huelga que tuvo amplio seguimiento. La empresa suministró CocaCola a sus clientes desde otras de sus fábricas y, recurrida la decisión empresarial de adoptar las medidas que convenían a su interés, la Audiencia Nacional declaró la nulidad del despido colectivo³⁷, por diversos motivos, uno de los cuales es éste: “La huelga se llevaba a cabo durante el período de consultas y, precisamente, como instrumento de presión por parte de los trabajadores en el proceso de negociación colectiva del despido colectivo. De ahí que la negociación del período de consultas se haya visto afectada por esa conducta empresarial, contraria a derechos fundamentales, lo que es también causa de nulidad del despido colectivo”.

Recurrida en casación por la empresa, el Tribunal Supremo mantuvo la nulidad de los despidos³⁸ y, para ejecutar su sentencia, la Audiencia Nacional hubo de dictar tres autos³⁹, contra el último de los cuales se interpuso recurso de casación, resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de enero de 2017 que, revocando muy pocas decisiones concretas, desestima el recurso en lo demás, con tres votos particulares.

Excuso decir el casuismo que abordan todas estas decisiones judiciales, por las concretas circunstancias de cada uno de los trabajadores, que discrepan de la antigüedad que se les reconoce, de las condiciones de su readmisión, de su despido o de su traslado, a lo que se añade el cierre de algunos centros y la consiguiente imposibilidad de readmitir, con indemnizaciones sustitutivas, distintas en cada caso. En definitiva, tres años de duración para la reestructuración de la empresa.

Hay que añadir todavía que la disposición adicional 20^a del estatuto reformado incluye en este mismo procedimiento de despido colectivo, aún con diversos matices, al personal laboral empleado en el sector público, lo que ha dado lugar a situaciones de gran complejidad y a que el Tribunal Supremo aluda

declarado ajustado a Derecho por la sentencia del TSJ de Andalucía (sede Granada) de 21 de febrero de 2013 y declarado nulo por la sentencia del TS de 17 de febrero de 2014, en rec. 143/2013; el decidido el 28 de septiembre de 2012 por el de Tabernas fue declarado ajustado a Derecho por la sentencia del TSJ de Andalucía (sede Granada) de 27 de febrero de 2013 y declarado nulo por la sentencia del TS de 18 de febrero de 2014, en rec. 151/2013 y el decidido el 28 de septiembre de 2012 por el Consorcio de Purchena fue declarado ajustado a Derecho por la sentencia del TSJ de Andalucía (sede Granada) de 27 de febrero de 2013 y declarado nulo por la sentencia del TS de 18 de febrero de 2014, en rec. 115/2013.

³⁷ Sentencia 108/2014, de 12 de junio.

³⁸ Sentencia del 20 de abril de 2015, en rec. 354/2014.

³⁹ Uno, el 30 de septiembre de 2015, un segundo el de 21 de octubre de 2015, aclarando el anterior, y el tercero, el 11 de enero de 2016, desestimando el recurso de reposición y confirmando los anteriores.

a “la profusión normativa que al respecto se ha venido produciendo en los últimos tiempos”⁴⁰.

Es obligado recordar que para dar cumplimiento a la disposición que extendió al sector público la posibilidad de recurrir a los expedientes de regulación de empleo se aprobó, por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre⁴¹, el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo. Ese Reglamento fue impugnado por Comisiones Obreras y por la Unión General de Trabajadores y la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de mayo de 2015⁴², rectificó también al Gobierno y anuló, además de otro precepto de menor trascendencia, el artículo 35.3 del citado Reglamento que había suprimido la exigencia de que la situación de insuficiencia presupuestaria que justificaba el despido colectivo fuera “sobrevenida y persistente”, como decía la Ley. “Esta importante adjetivación —dice la sentencia— está literalmente ausente en el artículo 35.3 del Reglamento y, sobre todo, este precepto reglamentario no responde a la exigencia legal de que la insuficiencia presupuestaria sea persistente: El simple déficit presupuestario de la Administración Pública de referencia en el ejercicio anterior no implica forzosamente tal persistencia; y en cuanto a la minoración de créditos, aún cuando pueda a veces ser indicio de dicha situación, no conduce ineluctablemente a ella. Más aún, este criterio reglamentario supone una desviación del criterio legal, consistente en un dato material o sustantivo —como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados— sustituyéndolo por un dato puramente formal”

Un caso singular ha sido el del Ayuntamiento de Estepona, cuya nueva Corporación se encontró en 2011 con una deuda de ciento sesenta y cinco millones de euros y con más personal del necesario. Sin acuerdo en las preceptivas conversaciones, decidió el 12 de julio de 2012 la extinción del contrato de 176 trabajadores, extinción que respaldó la sentencia del TSJ de Andalucía⁴³, ante el que éstos recurrieron. Insistieron en la casación y el Tribunal Supremo estimó el recurso y anuló la sentencia impugnada porque no se había admitido una prueba pericial que había intentado presentar la parte actora, devolviendo las actuaciones al Tribunal Superior para que así lo hiciera⁴⁴. De nuevo este Tribunal desestimó las demandas y declaró ajustada a Derecho la decisión extintiva de la relación laboral de los ciento setenta y seis trabajadores⁴⁵ y de nuevo se interpuso recurso de casación, desestimado por el Tribunal Supremo⁴⁶ que puso fin a una regulación de empleo que duró más de cuatro años.

⁴⁰ Sentencia del 18 de febrero de 2014, en rec. 59/2013.

⁴¹ *BOE* del 30.

⁴² En el rec. 836/2012.

⁴³ Sede de Málaga, 25 de octubre de 2012.

⁴⁴ Sentencia del 2 de diciembre de 2014, en rec. 97/2013.

⁴⁵ Sede de Málaga, 30 de septiembre de 2015.

⁴⁶ Sentencia 1064/2016, de 16 de diciembre.

Es obligado recordar también el despido colectivo decidido por el Ayuntamiento de Oliva (Fuerteventura) el 25 de julio de 2012. El Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas lo declaró nulo, con derecho a la readmisión de los cuarenta y seis despedidos⁴⁷ y, en recurso de casación, el Tribunal Supremo revocó la nulidad pero, ante la insuficiencia de los hechos probados en la sentencia y su falta de argumentación y pronunciamiento sobre la adecuación o no a Derecho de la decisión de despedir, devuelve las actuaciones a la Sala de instancia para que, con libertad de criterio, proceda a una clarificación de lo que estima probado acerca de la realidad económica de la entidad y se pronuncie con la debida motivación sobre si considera o no ajustada a Derecho la decisión extintiva⁴⁸.

Como es natural, no faltó el voto particular de dos Magistrados que consideran que debió resolver el Tribunal Supremo, en lugar de devolver las actuaciones, lo que consideran contrario al principio legal de celeridad, y el de un tercero que mantiene que debió desestimarse el recurso.

Otro caso digno de mención es el de Telemadrid. Concluido sin acuerdo el período de consultas, la empresa decidió proceder en diciembre de 2012 a la extinción de novecientos veinticinco contratos. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid declaró la decisión no ajustada a Derecho⁴⁹ y el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación y confirmó la sentencia recurrida⁵⁰, si bien con votos particulares de siete de los quince Magistrados. Que se considere desproporcionado despedir a novecientos veinticinco trabajadores en una empresa cuya plantilla es de mil ciento sesenta y uno es la consecuencia de la tesis del Supremo, para el cual “a los órganos jurisdiccionales les compete, no sólo, emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada. Es de suponer que a los economistas que presten atención a estos temas les interesará la afirmación del Tribunal Supremo contenida en su sentencia en el sentido de que la acreditada situación económica de pérdidas que arrastra el grupo empresarial demandado “no es equivalente a situación económica negativa”.

La empresa pública Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha (GEA-CAM) decidió el 22 de junio de 2012 redimensionar su plantilla durante las temporadas de bajo riesgo de incendios forestales, pero el Tribunal Superior de Justicia de la región anuló los acuerdos alcanzados en el expediente⁵¹. El Tribunal Supremo, en sesión plenaria de su Sala IV, anuló la sentencia recurrida y validó

⁴⁷ Sentencia del 19 de diciembre de 2012, en proc. 21/12.

⁴⁸ Sentencia del 18 de febrero de 2014, en rec. 59/2013.

⁴⁹ Sentencia del 9 de abril de 2013.

⁵⁰ Sentencia del 26 de marzo de 2014, en rec. 158/2013.

⁵¹ Sentencia del 16 de abril de 2013.

los acuerdos⁵² casi después de dos años y con votos particulares de siete Magistrados que sostienen que merecía ser confirmada la sentencia de instancia.

Todavía hay que aludir, para completar el panorama, a la jurisprudencia europea. Ante la demanda de un trabajador que instaba la nulidad del despido colectivo que le había afectado, un Juzgado de lo Social de Barcelona planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea varias cuestiones prejudiciales, porque le suscitaba dudas la conformidad entre el artículo 51.1 de la Ley del estatuto de los trabajadores y la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1988. La sentencia del Tribunal europeo de 13 de mayo de 2015 decidió que “infringe el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 una normativa nacional que introduce como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de “despido colectivo”. Con todo, en el caso concreto, el centro de trabajo no tenía más de veinte trabajadores, de modo que no alcanzaba el umbral exigido por la Directiva, que resultaba así no aplicable, pero cuando Zardoya Otis despidió a veintisiete trabajadores del centro de trabajo de Munguía que empleaba a setenta y siete y lo hizo como despidos objetivos individuales, porque no superaba el número de treinta de los tres mil cien que integraban la plantilla en todos los centros, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco primero⁵³ y el Tribunal Supremo después⁵⁴ declararon la nulidad del despido colectivo, aplicando la Directiva 98/59, que se entiende transpuesta de forma incompleta por el legislador nacional, y la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea⁵⁵.

3. LA DURACIÓN DEL CONTRATO

Desde 1926 hasta 1976, la legislación española autorizaba a celebrar el contrato de trabajo por tiempo indefinido, por cierto tiempo, expreso o tácito, o para obra o servicio determinado. El precepto, procedente del Código de Trabajo de 1926, se mantuvo en la Ley del contrato de trabajo de 1931 y en su refundición de 1944 y como los contratos temporales se prestaban al fraude que implicaba su utilización “en cadena”, es decir, repitiéndolos para poder despedir con facilidad, la jurisprudencia consagró la doctrina de que la segunda de tales renovaciones convertía el contrato en indefinido.

⁵² Sentencia del 19 de marzo de 2014.

⁵³ Sentencia del 21 de mayo de 2015.

⁵⁴ Sentencia del 17 de octubre de 2016, en rec. 36/2016.

⁵⁵ Sentencias de 30 de abril y dos del 13 de mayo de 2015.

Sea para evitar legalmente el abuso, sea para fomentar la estabilidad en el empleo, la Ley de relaciones laborales de 1976 estableció la presunción de que el contrato se celebraba por tiempo indefinido, limitando la posibilidad de la duración determinada a supuestos muy concretos, fórmula que pasó al artículo 15 de la Ley del estatuto de los trabajadores, según el cual podrán celebrarse contratos de duración determinada en tres supuestos concretos: Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinado con sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y por un tiempo máximo de tres años, prorrogables a cuatro; cuando lo exijan las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos (con seis meses de duración máxima, por regla general) y cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo.

Este trabajo de interino se puede utilizar también “para cubrir temporalmente un puesto de trabajo *durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva*” y, en este segundo caso, no puede ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima⁵⁶.

Junto a los tres supuestos mencionados, el legislador ha ido admitiendo otros y así son también temporales los contratos en prácticas y para la formación y el llamado “para primer empleo joven”⁵⁷.

Conviene precisar que el apartado 5 del referido artículo 15 —que otorga la condición de trabajadores fijos a quienes, en un período de treinta meses hubieran sido contratados en la misma empresa o grupo de empresas durante más de veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad— no se aplica a los contratos de interinidad.

La regla general era, naturalmente, que el contrato por tiempo determinado finalizaba “por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato” (artículo 49.1.c), sin más consecuencias, pero desde la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, se ha añadido el siguiente párrafo:

“A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una *indemnización económica* (sic), cuya cuantía se determinará en la negociación colectiva o en la normativa específica que les

⁵⁶ Artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 de la Ley del estatuto de los trabajadores.

⁵⁷ Introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y la creación de empleo (artículo 12), se puede celebrar con menores de treinta años que no tengan experiencia laboral o que ésta sea inferior a tres meses. Su duración será de tres a doce meses y podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial.

sea de aplicación. En defecto de esta determinación de cuantía, la indemnización será equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio”. En la reforma de 2010, los ocho días se elevaron a doce, que es lo actualmente en vigor.

No es posible encontrar una acepción de la palabra “indemnización” que no haga referencia a la reparación de un mal o a la compensación en dinero de males irreparables de otra forma. Como dice la Real Academia Española, “indemnizar es resarcir un daño o perjuicio, generalmente mediante compensación económica”.

A la insólita atribución de un daño al cumplimiento de un contrato en sus propios términos, se añade la excepción del contrato de los interinos. No es extraño que al gobierno-legislador le inquiete el reflejo presupuestario de aplicar a los interinos la regla general. Baste decir que la prensa ha difundido el Acuerdo colectivo de la mesa sectorial de sanidad en Andalucía el 19 de diciembre de 2016, entre el Servicio Andaluz de Salud y los sindicatos, en virtud del cual se “estabilizarán” quince mil trabajadores interinos o que la semana pasada se anunció el propósito del Ministerio de Hacienda de rebajar la tasa de temporalidad pública del 25 al 10%, convirtiendo en fijos a doscientos cincuenta mil interinos, de los seiscientos ochenta mil novecientos que, según el Instituto Nacional de Estadística había en el año 2016. El Ministro de Educación y Cultura reconoció en el *Foro ABC* del 6 de marzo que en el campo de la educación el número de interinos es “muy elevado”.

Se ha divulgado mucho la sentencia de la Sala 10^º del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, en una cuestión prejudicial, planteada esta vez por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante Auto de 9 de diciembre de 2014.

En la Unión Europea existe una Directiva sobre el trabajo de duración determinada⁵⁸ que garantiza el respeto al principio de no discriminación y la evitación de los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. De ahí que se prohíba tratar a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera *menos favorable* que a los trabajadores fijos comparables... “a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

La Sra. De Diego Porres prestó servicios en el Ministerio de Defensa desde febrero de 2003, al amparo de varios contratos de interinidad, el último

⁵⁸ La Directiva 70/1999, de 28 de junio, da aplicación a un Acuerdo Marco sobre ese tema, celebrado el 18 de marzo de 1999 entre la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria de la Unión Europea (UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), que se incluye en el Anexo de la Directiva y al que ésta se refiere en sus declaraciones.

celebrado el 17 de agosto de 2005 para sustituir a otra trabajadora dispensada del trabajo por su condición de liberada sindical. El 13 de septiembre de 2012 se citó a la Sra. De Diego para comunicarle que, con efectos del 30, concluía su contrato por reincorporación de la sustituida.

La interina interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social, impugnando, tanto *la legalidad de su contrato* como las *condiciones de finalización*. Desestimada su demanda, recurrió en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pidiendo que su relación laboral debió convertirse en indefinida y, en consecuencia, que la extinción implica el pago de una indemnización.

El Tribunal Superior considera que el contrato de trabajo se ajusta a la normativa nacional y la finalización se basa en una razón objetiva, pero se plantea si tiene derecho a una indemnización. Combinando varias posibilidades, explica el Tribunal de Madrid que los interinos no tienen derecho a indemnización, los contratados por tiempo determinado tienen derecho a una indemnización de doce días y los trabajadores fijos tienen derecho a una indemnización de veinte días por año, cuando el contrato se extingue por causas objetivas. Como, según el Auto, *ninguna razón objetiva parece justificar dicha diferencia de trato*, el tribunal manifiesta dudas acerca de la compatibilidad de la normativa nacional con el principio de no discriminación de la Directiva, suspende el procedimiento y plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuatro cuestiones prejudiciales:

- La indemnización ¿es una de las condiciones de trabajo?
- Si la respuesta es positiva, ¿deberían percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador con contrato indefinido cuando éste se extinga por causas objetivas? Es de advertir que el Tribunal que hace la consulta considera la reincorporación de la persona sustituida a su puesto de trabajo como una *causa objetiva*, distinta de las enumeradas en el artículo 52 de la Ley del estatuto de los trabajadores.
- Si eso es así, el artículo 49.1.c) ¿es discriminatorio y no ha traspuesto adecuadamente la Directiva 70/1999?
- No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal, ¿es discriminatoria la distinción que el estatuto de los trabajadores establece entre la condiciones de trabajo de estos trabajadores, no sólo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos, sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales.

La sentencia del Tribunal Europeo de 14 de septiembre de 2016⁵⁹ es un texto contradictorio, confuso e inaceptable, del todo ajeno a la lógica jurídica y que plantea más problemas de los que resuelve. Sus nueve reiterativos folios se resumen en un fallo que hay que compartir, porque efectivamente no hay razones objetivas para negar a un interino esa llamada *indemnización* que se reconoce en los demás contratos de duración determinada, pero en su redacción hay tales equívocos que de ninguna manera se corresponden con lo que cabría esperar de una sala de la más alta institución judicial de la Unión. El Tribunal Europeo demuestra conocer la prescripción del artículo 15, apartado 5, de la Ley del estatuto de los trabajadores, según la cual “los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses... adquirirán la condición de trabajadores fijos” y sabe que esta disposición no se aplica a los contratos de interinidad, pero no se cuestiona que ello suponga algún tipo de discriminación, aunque se empeña en subrayar la obviedad de que los interinos efectúan un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo.

La sentencia compara a los trabajadores fijos con los de duración determinada y sus diferentes indemnizaciones y sostiene que “ninguna razón objetiva parece justificar dicha diferencia de trato” pero, en cambio, a la pregunta del Tribunal español sobre si es discriminatoria la distinción entre las condiciones de trabajo de los interinos, no sólo frente a las condiciones de los trabajadores por tiempo indefinido, sino también respecto de los demás trabajadores temporales, contesta que “las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada como la que menciona el Tribunal remitente en la cuarta cuestión prejudicial no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo Marco”. La frase es abiertamente contradictoria con la conclusión a la que llega el propio Tribunal Europeo.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁶⁰, declaró la procedencia de la extinción del contrato de la Sra. de Diego, pero le reconoció una indemnización equivalente a la de los trabajadores fijos que son despedidos por causas objetivas, es decir, de veinte días por año y no de los doce que se reconocen a los demás trabajadores por tiempo determinado, porque entendió que la reincorporación a su puesto de trabajo de la trabajadora sustituida no se había debido a la normal pérdida de su condición de liberada sindical, sino a que el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabi-

⁵⁹ Nos referimos, claro es, a la que se refiere al caso De Diego Porres. Hay otras dos de la misma fecha, suscitadas por cuestiones prejudiciales planteadas por un Juzgado de lo contencioso-administrativo de Madrid y por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en los casos acumulados 184/15 (Martínez Andrés) y 197/15 (Castrejana López) y en el caso 16/15 (Pérez López) que declaran que es contraria a Derecho la contratación temporal sucesiva de personal para cubrir necesidades permanentes del servicio.

⁶⁰ Sentencia del 5 de octubre de 2016, en rec. 246/214.

lidad presupuestaria y de fomento de la competitividad “cercenó drásticamente el número de liberados en el sector público”, lo que equivale a las causas objetivas que justifican esa más elevada indemnización. El Ministerio de Defensa tiene interpuesto recurso de casación⁶¹.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco entendió que la sentencia europea se debía aplicar ya, sin esperar reformas legales y así lo hizo en su sentencia de 18 de octubre de 2016⁶² en la que, reconociendo que el cese es ajustado a Derecho, otorga una indemnización de veinte días de salario por año trabajado porque “no existe una justificación objetiva y razonable para que la actora (interina desde marzo de 2012 a 31 de diciembre de 2015) no perciba la misma indemnización que la establecida para una trabajadora fija que fuese despedida por causas objetivas-productivas, ya que la situación extintiva es idéntica”. Según la prensa, pocas horas después de esa sentencia, la propia presidenta de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Garbiñe Biurrun, animó a los trabajadores temporales a acudir a los tribunales si su indemnización no era de veinte días por año.

Como es natural, la difusión de la sentencia europea y de su aplicación por el Tribunal Superior de Madrid hizo temer una avalancha de demandas y la Ministra de Empleo convocó el 17 de octubre a CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, acordando encargar a un grupo de seis expertos —dos por cada parte— que estudiaran como adecuar la legislación española a las sentencias referidas.

Los expertos emitieron su informe el pasado 10 de febrero y no dejaron de consignar “las ambigüedades de la fundamentación y fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” que vienen dando lugar a diversas y contradictorias interpretaciones, o “la confusión conceptual” en que incurre la sentencia, que no refleja correctamente la realidad de nuestro ordenamiento jurídico. “Ante el panorama de indefinición que se desprende de la sentencia, la mayor parte del grupo de expertos considera —y lo dice textualmente— que ésta no ha dado una respuesta suficientemente precisa y segura al tema debatido”. Los expertos concluyen que sus conclusiones tienen que ser necesariamente provisionales porque estando de nuevo planteado ante el Tribunal de Justicia Europeo que esperan resuelva en Gran Sala y ante el propio Tribunal Supremo español, procede aplazar su informe definitivo hasta que se produzcan esas decisiones jurisdiccionales.

⁶¹ Aunque el Tribunal Supremo ha aludido ya a la sentencia del Tribunal europeo, ha dicho que no era el momento de pronunciarse. Se trataba de un interino de diez años en un Ayuntamiento que no se presentó al concurso y que fue cesado. El Juzgado de lo Social declaró el cese ajustado a Derecho, pero le reconoció una indemnización. Desestimado el recurso por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Supremo que rechaza la casación, elude pronunciarse sobre la jurisprudencia europea porque quien recurre es la parte demandada y no se suscita el importe de la indemnización.

⁶² En rec. 1690/2016.

La única conclusión que no parece provisional es la de que “deberían establecerse límites temporales más estrictos para la utilización del contrato de interinidad, así como suprimirse la exclusión de los interinos de la indemnización por extinción del contrato prevista en el artículo 49.1.c) de la Ley del estatuto de los trabajadores para la generalidad de los trabajadores con contrato de duración determinada, eliminándose la posibilidad de la utilización por la Administración de contratos de interinidad por vacante con una duración anormalmente larga”. Una parte del grupo propone que la indemnización sea la de veinte días.

No se busque en el informe explicación alguna sobre la fundamentación jurídica de indemnizar el fin de un contrato por tiempo determinado, tema evidentemente esencial, al que no se hace la menor alusión en el informe de los expertos.

Los problemas no acaban ahí. La complejísima regulación del personal no funcionario al servicio de las Administraciones Públicas crea problemas innumerables y provoca una litigiosidad enorme. Está demostrado que la Administración y los sindicatos *instalados* en ella prescinden con frecuencia de los principios de mérito y capacidad para seleccionar a este personal y que se usan todas las posibilidades de la legislación laboral, pero con excepciones singulares⁶³ y con frecuente incumplimiento de aquellas.

Precisamente por las irregularidades cometidas en la contratación laboral de los interinos, el Tribunal Supremo creó la figura del *trabajador indefinido no fijo*⁶⁴, porque no podía admitir que se integrara en la plantilla sin superar las pruebas de selección. Esa relación se extingue cuando la plaza se cubre reglamentariamente.

El Auto del Tribunal Constitucional 122/2009, de 28 de abril⁶⁵, aunque inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad que se le había planteado, respaldó la jurisprudencia que se había pronunciado en la materia y la figura del trabajador indefinido no fijo se consagró en los artículos 8 y 11 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre⁶⁶, por el que se aprueba el Texto refundido del Estatuto básico del empleado público.

Hay que añadir aún que cuando el cese afecta a un grupo numeroso de empleados administrativos no se puede recurrir a los ceses individuales, sino

⁶³ En efecto, el artículo 35.3 del Reglamento regulador de los despidos colectivos los justificaba en la Administración si se producía una “insuficiencia presupuestaria”, pero la sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 anuló el precepto por considerar que no basta la mera insuficiencia y que ésta tiene que ser “sobrevvenida y persistente” para que el criterio del Reglamento no suponga una desviación del criterio legal.

⁶⁴ Sentencia de 7 de octubre de 1996, en rec. 3307/1995.

⁶⁵ BOE del 23 de mayo-

⁶⁶ BOE del 31 de octubre y del 20 de noviembre.

al despido colectivo⁶⁷, que el personal estatutario tiene que recurrir a la vía contencioso administrativa y que ésta discrepa de la jurisdicción social en casos semejantes, lo que añade inseguridad a la cuestión.

4. ¿PERÍODO DE PRUEBA O CONTRATO TEMPORAL?

Especial atención merece otra figura surgida de las recientes reformas laborales que, presentada como medio de fomentar la contratación indefinida ha sido fuertemente criticada por la doctrina, buena parte de la cual sostiene que se trata de una nueva figura de contrato temporal.

En el Decreto-Ley 3/2012 y en la posterior Ley de idéntica denominación, con la finalidad de crear empleo estable se configura, en las empresas de menos de cincuenta trabajadores, el llamado “contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores” (artículo 4). El contrato se celebrará por tiempo indefinido y a jornada completa, de manera que en principio no debiera catalogarse como temporal pero, como se establece un período de prueba “que será de un año en todo caso”, no son pocos los que sostienen que en la práctica será temporal, supuesto que el empresario tiene el plazo de un año para darlo por terminado sin causa ni indemnización alguna, lo que equivaldría a disponer de un nuevo cauce oculto para obtener la libertad de establecer la plantilla. Recuérdese que la norma general sobre el período de prueba, contenida en el artículo 14 de la Ley del estatuto de los trabajadores, es de seis meses para los técnicos titulados y de dos meses para los demás trabajadores.

El tema fue uno de los planteados en el recurso de inconstitucionalidad a que aludimos al principio y el Tribunal Constitucional lo legitimó como manifestación de la política orientada al pleno empleo, porque constituye “un instrumento adicional de incentivación de la creación de empleo”, la amplitud de cuyo plazo se justifica porque no sirve sólo para comprobar las condiciones de los contratantes, sino también la viabilidad económica del puesto de trabajo, es decir que el período de prueba se establece tanto para el trabajador como para el puesto de trabajo. Tres votos particulares discreparon de la decisión.

Se ha recurrido también sin éxito a la OIT y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se declaró incompetente porque el contrato español no constituye una aplicación del Derecho de la Unión Europea.

⁶⁷ La amortización de veintitrés plazas en una agencia de la Junta de Galicia, traducida en ceses individuales, provocó que el Juzgado de Lugo declara nulo uno de ellos y, aunque el Tribunal Superior de Galicia revocó aquel fallo, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015 volvió a considerarlo nulo, porque debió ser colectivo e indemnizado.

Por su parte, el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa declaró el 23 de mayo de 2012, en relación con la elevación del período de prueba en Grecia a doce meses, que ello vulneraba el artículo 4.4 de la Carta Social Europea por no fijar plazo de preaviso y que no se puede entender como razonable porque no hace falta un año para evaluar las capacidades del trabajador. El 22 de enero de 2015 analizó el caso de España y declaró que no es conforme al citado artículo 4.4 de la Carta, pero los tribunales españoles no consideran aplicable la referida Carta.

Es curioso, no obstante, que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que naturalmente reconoce la vigencia del precepto no se priva sin embargo de hacer pública su censura y en las sentencias de 6 de junio de 2013⁶⁸ y 10 de febrero de 2016⁶⁹ —una anterior y otra posterior a las del Tribunal Constitucional— no se recata en decir que “el plazo de un año parece excesivo si con ello se pretende conocer y valorar la aptitud de las partes y aún lo es más si tenemos en cuenta que no se aplica en función de la dificultad o especialización técnica de la actividad, sino de manera lineal, introduciendo deliberadamente un importante elemento de precarización en el empleo y en el carácter tuitivo que constitucionalmente se deriva del derecho al trabajo”.

5. LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE

En 1980, la Ley del estatuto de los trabajadores estableció, como alternativa a la readmisión del trabajador improcedentemente despedido, una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, a la que se añadían los salarios de tramitación⁷⁰. En la reforma de 2012, los cuarenta y cinco días se redujeron a treinta y tres, el máximo de cuarenta y dos mensualidades se rebajó a veinticuatro y los salarios de tramitación se contrajeron a los supuestos en que se produzca la readmisión, suprimiéndose cuando el empresario opte por la indemnización⁷¹. El preámbulo de las disposiciones urgentes justificaba esta última medida diciendo que “el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, máxime teniendo en cuenta que el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Por otra parte, los salarios de tramitación actúan, en ocasiones, como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que

⁶⁸ En rec. 1868/2013.

⁶⁹ En rec. 5011/2015.

⁷⁰ Desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia de la jurisdicción competente.

⁷¹ Artículo 18.7 del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE del 11) y de la Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE del 7), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

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 sesenta días”.

La nueva indemnización sería de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012, en tanto que a los formalizados con anterioridad se les reconocerían los cuarenta y cinco días hasta el 12 de febrero de 2012 y los treinta y tres a partir de esa fecha. “El importe indemnizatorio resultante —añadía la disposición transitoria 5.2— no podrá ser superior a setecientos veinte días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades en ningún caso”.

No parece que fuera muy afortunada la redacción de estos preceptos en el Real Decreto-Ley, literalmente repetida en la Ley posterior. La mejor prueba de ello nos la ofrece de nuevo la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, algunos de cuyos ponentes acreditan un nivel de competencia jurídica muy superior a los redactores de los textos legales.

En efecto, la sentencia de 18 de febrero de 2016⁷² declara expresamente, refiriéndose a la disposición transitoria 5.2 de la Ley 3/2012, que “no es fácil determinar el exacto alcance que posea esta norma intertemporal, dirigida a dulcificar la rebaja de la cuantía indemnizatoria que la Ley 3/2012 lleva a cabo”. Explica esta sentencia que, después de dos aproximaciones al tema, plasmadas en sus decisiones de 29 de septiembre de 2014⁷³ y de 2 de febrero de 2016⁷⁴, desean precisar el alcance que consideran adecuado a la citada disposición transitoria “con ánimo —dicen— de precisar nuestra doctrina”. El Tribunal Supremo, que pormenoriza bien didácticamente sus conclusiones, establece como criterio general que “si por el período de prestación de servicios anterior al 12 de febrero de 2012 no se ha sobrepasado el tope de setecientos veinte días, tampoco puede saltarse como consecuencia de la posterior actividad” y que ese tope sólo puede obviarse de manera excepcional si ya se ha devengado una cuantía superior antes de la referida fecha. En otro caso, aunque se siga devengando indemnización por el período posterior con el módulo de los treinta y tres días, el tope de los setecientos veinte días opera para el importe global derivado de ambos períodos.

⁷² En rec. nº 3257/2014.

⁷³ En rec. nº 3065/2013.

⁷⁴ En rec. nº 1624/2014.

6. OTRAS REFORMAS

En apenas siete meses —lo denunciaron la profesora Casas Baamonde y el profesor Rodríguez-Piñero— la regulación legal de la jurisdicción y el proceso social han sufrido cuatro reformas sucesivas, “todo un record tratándose de normas procesales y todo un reto para la jurisdicción social y los justiciables”⁷⁵.

En efecto, la Ley que reformó la de Procedimiento Laboral de 1995 entró en vigor el 11 de diciembre de 2011, se reformó con efecto del 12 de febrero de 2012, se volvió a reformar con efecto del 8 de julio de 2012 y una nueva reforma, ésta de escasa entidad, entró en vigor una semana después, el 15 de julio de 2012. Es muy difícil de entender que una Ley aprobada un día 6 no sea capaz de prever una modificación que se produce un día 13.

Otra reforma singular, reveladora de un cierto pesimismo en cuanto a descensos significativos en los niveles del desempleo es la contenida en la disposición transitoria novena de la Ley 3/2012, que eleva de veinticinco a treinta años el límite máximo de edad establecido en el artículo 11.2 del estatuto de los trabajadores para poder celebrar contratos para la formación y el aprendizaje. No lo hace con carácter indefinido, sino “hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15%”. Ya he consignado mi inquietud por la utilización de la estadística, pero si la Encuesta de Población Activa que elabora el Instituto Nacional fija en el 42'91% el paro de los menores de veinticinco años a finales de 2016, su descenso de casi 28 puntos puede tardar una tan larga temporada que convierta en un alarde de humor la transitoriedad de esa norma.

8. JUICIOS CRÍTICOS

“Los problemas de la reforma no proceden de los tribunales, sino que se deben a una técnica legislativa muy deficiente y a un legislador muy ingenuo”, ha dicho mi colega Federico Durán que, a su competencia científica une la experiencia de haber sido presidente del Consejo Económico-Social. Podría recoger docenas de testimonios de laboristas acreditados que hablan de la improvisación, de las precipitaciones y falta de reflexión de una reforma que ha sido rectificadada por los propios jueces y que ha conducido a una situación en la que se plantean serias dudas acerca de si tantas conmociones se han traducido en resultados estimables y de si no será posible conseguir mayor competitividad y mayor productividad sin devaluar las condiciones de trabajo y sin precarizar el empleo hasta el extremo que se ha hecho en España.

⁷⁵ Las reformas de la reforma laboral de 2012, en *Relaciones Laborales* nº 15-18, agosto-septiembre 2012:40.

Todo el mundo está de acuerdo en que el aumento del empleo se concreta básicamente en trabajos precarios y la Comisión Europea, en su Informe del pasado 22 de febrero sobre España 2017 con un examen exhaustivo relativo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos⁷⁶, tras consignar que la creación de empleo ha sido significativa en los últimos años y que el desempleo ha disminuido, advierte que se mantiene a un nivel muy elevado, especialmente entre los jóvenes y los trabajadores con bajas cualificaciones y que “la pobreza y la desigualdad en la distribución de la renta son de las más elevadas de la Unión Europea”.

“El uso extendido de los contratos temporales —se lee en el documento— puede afectar negativamente a la situación social y frenar el incremento de la productividad. España tiene uno de los mayores porcentajes de trabajadores con contrato temporal en el empleo total dentro de la Unión Europea. Muchos de estos contratos son de muy corta duración. El amplio uso de los contratos temporales puede afectar negativamente al incremento de la productividad, particularmente al ofrecer menores oportunidades de formación en el puesto de trabajo. Con demasiada frecuencia, los empleos temporales no constituyen una buena base para una carrera profesional estable y pueden asociarse a peores condiciones laborales y a un mayor riesgo de pobreza. Las recientes reformas del mercado laboral parecen tener un efecto moderadamente positivo en la reducción de la segmentación entre los contratos por tiempo indefinido y los contratos temporales, pero algunos aspectos de la legislación laboral todavía pueden crear incentivos para la celebración de contratos temporales”.

También la OIT advierte del daño que puede producir, incluso a las empresas, la temporalidad del trabajo, por sus negativos efectos en la productividad a largo plazo⁷⁷. Según su Informe, España es campeón del empleo temporal, con más del treinta por ciento de la población activa contratada de esa forma. En la Unión Europea, sólo usan empleo temporal el 16% de las empresas, porcentaje que se eleva al 51,6% en España.

La precariedad laboral se traduce en mayor incertidumbre vital, no valora el nivel de la formación y crea un inmenso malestar social. Desde ese punto de vista, las estadísticas españolas no son nada tranquilizadoras:

Según el Servicio Público de Empleo Estatal, en el año 2016 se celebraron en España 19.978.954 contratos de trabajo, de ellos 1.713.262 indefinidos y 18.265.692 temporales y entre enero y febrero de 2017 los contratos han sido 3.086.120, de ellos 301.234 indefinidos y 2.784.886 temporales.

⁷⁶ COM (2017) 90 final.

⁷⁷ *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, Ginebra, 14 de noviembre de 2016.

Si este es el resultado de una legislación de urgencia, apresurada, incoherente, ocasional y casuística, que provoca tales tensiones entre el legislador y la jurisprudencia, hay que volver a defender la sabia lentitud de los legisladores del siglo XIX y el principio de permanencia de las leyes, cuya función tiene que ser pacificadora y no provocadora de litigiosidad.

Se ha hablado de la decadencia del Derecho, de la crisis del Derecho, del desbordamiento del Derecho. Los laboristas actuales tenemos que denunciar el deterioro del Derecho del Trabajo antes de que se llegue a un verdadero destrozo.