

DERECHO DEL TRABAJO Y CRISIS ECONÓMICA. LA «REFORMA LABORAL RAJOY» DEL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO¹

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

*Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de A Coruña*

Recepción: 15 de junio de 2012

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2012

RESUMEN: Este trabajo analiza el impacto del Real Decreto-ley 3/2012 sobre las principales estructuras sustantivas (y también, adjetivas) de nuestro Derecho individual del Trabajo. Se centra en el estudio del nuevo contrato de trabajo indefinido para emprendedores, de la reforma del régimen de la modificación objetiva del contrato de trabajo y, por último, de la reforma de los despidos objetivos, colectivos y disciplinarios. Concluye con una crítica de la reforma operada por esta norma, razonando que la finalidad de la legislación laboral es proteger al trabajador, pero no crear directamente empleo por sí misma.

PALABRAS CLAVE: Reforma laboral 2012, Derecho individual del Trabajo, crisis económica, abaratamiento del despido, inconstitucionalidad.

ABSTRACT: This paper analyzes the impact of the Royal Decree-act 3/2012 on the main substantive (and also, procedure) structures of our Employment Law. It is focused on the study of the new indefinite contract of employment to entrepreneurs, on the reform of the regime of the objective modification of the contract of employment, and lastly, on the reform of the objective, collective, and disciplinary dismissals. It concludes with a criticism of the changes performed by this norm, founding that the aim of the labor legislation is to protect the workers, but not to directly create employment by itself.

KEYWORDS: Labor reform 2012, Employment Law, Economic crisis, Making cheaper the dismissal, Unconstitutionality.

1 Ponencia defendida en la Jornada Internacional sobre «Alterações Laborais em Portugal e Espanha», celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa el día 14 marzo 2012.

SUMARIO: I. EL REAL DECRETO-LEY 3/2012, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL. II. FLEXIBILIZACIÓN DE LA ENTRADA AL MERCADO LABORAL. III. FLEXIBILIZACIÓN DE LA SALIDA DEL MERCADO LABORAL. IV. ¿FLEXIBILIZACIÓN DE LA PERMANENCIA EN EL MERCADO LABORAL?. V. CONCLUSIÓN CRÍTICA.

I. EL REAL DECRETO-LEY 3/2012, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL

1. La «reforma laboral RAJOY», promovida por el actual Presidente del Gobierno español, acaba de materializarse con la promulgación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que entró en vigor el día 12 febrero del año en curso². Sin exageración, se trata de una norma larguísima, cuyo texto consume hasta sesenta y cuatro páginas del *Boletín Oficial del Estado*, de las cuales nueve y media explayan los motivos que forzaron al Gobierno a llevar a cabo la promulgación de la misma. Como prueba de su gigantismo, baste indicar que esta norma consta de veinticinco artículos, nueve disposiciones adicionales, doce disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dieciséis disposiciones finales, que proceden a modificar —a fondo, en algún caso— todas las leyes estructurales españolas, laborales y de seguridad social; y entre ellas, el Estatuto de los Trabajadores de 1995³, la Ley reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal de 1994⁴, la Ley de Empleo de 2003⁵, la Ley General de la Seguridad Social de 1994⁶, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 2000⁷ e, incluso, la muy recientemente promulgada Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 2011⁸, aunque este Real Decreto-ley también tenga vida propia, puesto que algunos de sus preceptos —sin modificar expresamente ninguna otra norma con rango de ley— proceden a innovar el ordenamiento jurídico-laboral español por su propia cuenta. El panorama de normas legales tocadas se completa y se amplía con sólo repasar la disposición derogatoria del propio Real Decreto-ley. En efecto, según la misma, han quedado igualmente derogados preceptos de otras cinco normas con rango material de Ley, promulgadas en el arco temporal comprendido entre 2001 y 2011. Por lo demás, haciendo bueno el dicho castellano de que quien habla (o escribe) mucho se equivoca mucho, y para complicar aún más las cosas, resulta que la versión originaria de este Real Decreto-ley estaba plagada de erratas. Estas últimas debieron ser corregidas a través de una gigantesca fe de ellas, que ha aparecido publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 18 febrero.

2 Cfr. su disposición final decimosexta.

3 Texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 marzo.

4 Ley 14/1994, de 1 junio.

5 Ley 56/2003, de 16 diciembre.

6 Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio.

7 Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto.

8 Ley 36/2011, de 10 octubre.

2. Por encima de toda la maraña de normas afectadas —dentro de la cual se incluye incluso alguna norma reglamentaria, con rango de Real Decreto⁹—, es claro que lo que pretende la «reforma laboral RAJOY» es marcar distancias con las sucesivas e inmediatamente antecedentes «reformas laborales ZAPATERO», que han sido en lo esencial tres. La primera, encarnada en el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 junio (luego transformado en la Ley 35/2010, de 17 septiembre), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. La segunda, formalizada por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. Y la tercera, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 agosto, 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. Respecto de todas estas «reformas laborales ZAPATERO», la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012 afirma que «han sido reformas fallidas»¹⁰, por lo que hacía falta «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».

3. Esto despejado, la «reforma laboral RAJOY» impacta directamente sobre las tres parcelas estelares —evidentemente, también han sido tocadas otras de rango menor— que conforman el Derecho español del Trabajo, a saber: el Derecho individual del Trabajo, el Derecho colectivo del Trabajo y el Derecho procesal del Trabajo. Sobre el nuevo Derecho español de la negociación colectiva hablará el Profesor ARUFE VARELA, en esta misma jornada, pero por la tarde. En consecuencia, pienso centrarme en el nuevo Derecho español de las relaciones individuales de trabajo, así como en algunas de las repercusiones que estas novedades han tenido en el terreno procesal laboral. Sobre la base —según la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012— de que la panacea parece ser «flexibilizar» nuestro «mercado laboral» (la palabra «flexibilidad», o sus derivados, aparece utilizada *ad nauseam* a todo lo largo y ancho de dicha exposición de motivos, contrastando con lo que sucede con la palabra «seguridad», que sólo aparece utilizada en ella en tres ocasiones, precisamente al hilo de lo que denomina «flexiseguridad»¹¹), me centraré en lo que sigue precisamente sobre la flexibilización operada por esta norma en el mercado de trabajo español. Al efecto, utilizaré una distinción doctrinalmente muy manida, pero pedagógicamente muy eficaz,

9 Es el caso del Real Decreto 1542/2001, de 31 octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, modificado por la disposición final undécima.

10 Apartado I, párrafo sexto.

11 Cfr. apartado I, párrafo último; apartado II, párrafo segundo; y apartado V, párrafo tercero. Nuestra crítica de dicha institución de origen danés, que provoca irremediabilmente la desprofesionalización del trabajador, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, Netbiblo (A Coruña, 2011), págs. 66-67.

que se refiere a la flexibilización de la «entrada», a la flexibilización de la «permanencia» y a la flexibilización de la «salida», en cuanto que referidas las tres a nuestra realidad laboral.

II. FLEXIBILIZACIÓN DE LA ENTRADA AL MERCADO LABORAL

4. Dentro de la panoplia de medidas para favorecer la creación de empleo (en consecuencia, directamente conectadas a lo que acabo de denominar flexibilidad de «entrada»), reguladas en el Capítulo II del Real Decreto-ley 3/2012 (bajo el rótulo genérico «Fomento de la contratación indefinida y otras medidas para favorecer la creación de empleo»), la medida estelar es la regulación de un nuevo contrato de trabajo fijo o por tiempo indefinido y a jornada completa, denominado «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores»¹². Sustituye al viejo «contrato de trabajo de fomento de la contratación indefinida», creado en 1997 con el beneplácito de los empresarios, y últimamente regulado en 2001 por el mismo partido político que ahora gobierna en España¹³; y ello, con la pretensión de hacer bueno el dicho castellano —flagrantemente incumplido, al parecer, por el viejo contrato— de que quien mucho abarca poco aprieta¹⁴. En efecto, frente a la laxitud subjetiva del contrato viejo, este nuevo contrato sólo puede ser estipulado por unas muy concretas categorías de empresarios y de trabajadores — estos últimos, según detalla la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012, con acopio de cifras estadísticas, especialmente sacudidos por el problema del desempleo¹⁵—, a saber: de un lado, en principio, el desempleado que sea «menor de treinta años», aunque también podrían estipularlo «mujeres en sectores en los que este colectivo esté menos representado»¹⁶ y «mayores de 45 años, que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación»¹⁷; y de otro lado, «las empresas que tengan menos de 50 trabajadores», computándose a estos efectos «el número de trabajadores de la empresa en el momento de producirse la contratación» (en consecuencia, un claro cómputo no *pro rata*, sino *per capita*).

12 Cfr. su artículo 4. Los restantes preceptos de este Capítulo se refieren al «contrato a tiempo parcial» (artículo 5), al «trabajo a distancia» (artículo 6) y a las «bonificaciones de cuotas por transformación de contratos en prácticas, de relevo y de sustitución de indefinidos» (artículo 7). En conexión con esta flexibilización, el Capítulo I (rotulado «Medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores») procede a dar nueva redacción, entre otras cosas y por enésima vez, al contrato formativo regulado en el apartado 2 del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores (cfr. su artículo 2, apartado 2).

13 Sobre él, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, cit., pág. 129.

14 Con palabras de la exposición de motivos, «se racionaliza el sistema de bonificaciones para la contratación indefinida, cuya práctica generalización ha limitado gravemente su eficiencia» (apartado III, párrafo último).

15 «La destrucción de empleo ha sido más intensa en ciertos colectivos, especialmente los jóvenes cuya tasa de paro entre los menores de 25 años alcanza casi el 50%, de manera que «la incertidumbre a la hora de entrar en el mercado de trabajo, los reducidos sueldos iniciales y la situación económica general están provocando que muchos jóvenes bien formados abandonen el mercado de trabajo español y busquen oportunidades en el extranjero» (apartado I, párrafo segundo).

16 *Ibidem*, apartado 5.

17 *Ibidem*.

5. Para animar a estos pequeños empresarios a que estipulen el nuevo contrato de trabajo fijo, precisamente en tiempos de crisis (lo que explica, quizá por causa de su aparente valentía o heroicidad, que la norma no los denomine simplemente empresarios o empleadores, sino precisamente «emprendedores») y supuesto —pensando siempre en el caso más típico— que «el primer contrato de trabajo concertado por la empresa se realice con un menor de treinta años», se establecen tres estímulos distintos y compatibles para hacerlo. En primer lugar, incentivos fiscales (hay que suponer que referidos tanto al impuesto sobre la renta de las personas físicas como al impuesto de sociedades), consistentes en que «la empresa tendrá derecho a una deducción fiscal de tres mil euros». En segundo lugar, una «bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año». Y en tercer lugar, un estímulo sorprendente y de carácter sustantivo-laboral —que deroga implícitamente, además, lo dispuesto en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores—, consistente en que la duración del período de prueba «será de un año en todo caso». Este último tema viene provocando en España un gran escándalo doctrinal y mediático, asentado sobre la base de haber declarado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el pasado año que precisamente un período de prueba de un año, si fijado por convenio colectivo, resultaba ser flagrantemente ilegal.

6. En efecto, una Sentencia unificadora de doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 julio 2011¹⁸, a propósito del despido de cierta trabajadora que llevaba en la empresa «360 días de prestación de servicios»¹⁹, y que no había superado el período de prueba de un año fijado por el convenio colectivo de la propia empresa (que era una conocida multinacional española), consideró que dicha regulación convencional provocaba «la desvirtuación de la razón de ser en el presente caso de la institución del período de prueba», lo que obligaba a concluir que la correspondiente cláusula del convenio colectivo era «ilegal», por violación del precepto legal sobre el sentido y la finalidad de la prueba, que era el citado artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores²⁰. Sobre la base de esta razonable doctrina judicial, parece claro que el Gobierno se ha excedido, desde el punto de vista de la justicia material, aunque —desde el punto de vista de la justicia formal, y sobre la base de que aquí no cabe concluir que el Real Decreto-ley 3/2012 sea en modo alguno «ilegal» (puesto que tiene fuerza de Ley)— va a resultar arduo concluir que se trata de una norma inconstitucional (violadora del derecho al trabajo a que se refiere el artículo 35 de la Constitución), pues: 1) no cabe aducir como precedente —en relación con la imperatividad del Derecho de la OIT— el contrato francés de «nuevas contrataciones [*nouvelles embauches*]», regulado en Francia entre 2005 y 2008, supuesto que el régimen jurídico del mismo permitía prescindir de la

18 Número de recurso de casación para la unificación de doctrina 152/2010 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia JUR/2011/322391).

19 Cfr. Fundamento de Derecho segundo, apartado 6.

20 *Ibidem*, apartado 4.

motivación del despido durante un período no de un año, sino de dos años²¹; 2) resultaría igualmente dificultoso esgrimir el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aparentemente amparador no sólo del sistema alemán de período de prueba de seis meses²², sino también del sistema inglés, que imposibilita reclamar por «despido ilegal» si no hay período continuado de prestación de servicios precisamente durante un año²³; y 3) en cualquier caso, resultaría necesario que el tribunal laboral que conociese del pleito por despido de un joven colocado en semejante tesitura se animase a plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, que acabaría decidiendo – sin ninguna celeridad o urgencia– nuestro (atascado y muy saturado de carga de trabajo) Tribunal Constitucional.

III. FLEXIBILIZACIÓN DE LA SALIDA DEL MERCADO LABORAL

7. Si en materia de flexibilización de la «entrada» cabría concluir que la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012 es *light*, no queda más remedio que pasar a utilizar los calificativos *hard* o *heavy*, al proceder a enjuiciar la flexibilización de la «salida». En efecto, con esta norma se amplifica el poder de despedir del empresario español, facilitándole el despido «procedente» o justo, y abaratándole el despido «improcedente» o injusto de sus trabajadores. La flexibilización en cuestión aparece regulada en el Capítulo IV del Real Decreto-ley, bajo el rótulo eufemístico y tecnocrático de «Medidas para favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral». Se trata de medidas que han obligado a efectuar un completo reajuste de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 2011 (en el Capítulo V del propio Real Decreto-ley, inmediatamente subsiguiente)²⁴, cuya novedad más sobresaliente es la creación y regulación –con algún error técnico de bulto– de un nuevo proceso laboral especial (a añadir a la larga lista de los ya existentes), pero del que no conocerán nuestros Juzgados de lo Social²⁵. Si se contempla el despido desde un punto de vista causal, se trata asimismo de medidas que impactan sobre las dos grandes especies de despidos causales que tenemos en España, a saber: de un lado, los despidos por razones

21 Al respecto, véase J. PÉLISSIER, A. SUPLOT y A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, 24ª ed., Dalloz (Paris, 2008), pág. 329.

22 Según el párrafo 1, apartado 1, de la Ley de Protección contra el despido (*Kündigungsschutzgesetz*) de 1951, «la extinción de la relación laboral de un trabajador cuya relación laboral ha existido en el mismo centro de trabajo o empresa sin interrupción más de seis meses, es jurídicamente ineficaz cuando es socialmente injustificada». Nuestra traducción de esta importante Ley alemana, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 168 y ss.

23 Dicho plazo fue establecido por la Orden sobre Despido Ilegal y Declaración de las Razones para el Despido (Variación del Período de Cualificación) [*Unfair Dismissal and Statement of Reasons for Dismissal (Variation of Qualifying Period)*] de 1999, aprobada por «Statutory Instrument» 1999/1436. Acerca de los continuos bandazos políticos padecidos por la legislación inglesa en este concreto punto, véase S. HONEYBALL y J. BOWERS, *Textbook on Labour Law*, 8ª ed., University Press (Oxford, 2004), págs. 114–115.

24 Artículos 20 a 25.

25 El error en cuestión se refiere, en materia de preferencias de tramitación, al hecho de que este nuevo proceso laboral especial pasa a gozar de exactamente la misma preferencia que tenía el proceso laboral especial de conflicto colectivo (cfr., al respecto, la redacción parcialmente idéntica de los artículos 124 y 159 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

empresariales (o si se quiere, despidos por crisis de la empresa), denominados –según cual sea el umbral de trabajadores afectados– despidos «objetivos», provocados por microcrisis, y despidos «colectivos», provocados por crisis y macrocrisis²⁶; y de otro lado, los despidos «disciplinarios» o despidos presuntivamente dependientes de la voluntad del trabajador²⁷.

8. Respecto de los despidos «objetivos» y «colectivos», lo que hace el Real Decreto-ley 3/2012 es facilitarle al empresario el despido procedente de sus trabajadores, fundamentalmente a través de dos mecanismos. En primer lugar, aclarando qué debe entenderse por causas económicas justificadoras de tales despidos, pues –dándole un giro copernicano a lo que estableció a este respecto la «primera reforma laboral ZAPATERO»– ahora «se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas»²⁸, aclarándose que «en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos»²⁹. En segundo lugar, eliminando la autorización administrativa para los despidos colectivos –tenazmente defendida desde siempre por los sindicatos españoles, a pesar de los orígenes franquistas de dicha autorización³⁰–, de manera que al empresario que quiera proceder ahora a un despido colectivo le basta, en principio, con evacuar un período de consultas con los representantes legales o sindicales de sus trabajadores –que el Real Decreto-ley considera, con razón, exigencia «comunitaria»³¹–, sin necesidad de tener que llegar a ningún tipo de acuerdo con los mismos³².

9. Por lo que respecta a los despidos en los que el empresario alega causas dependientes de la voluntad del trabajador despedido (esto es, despidos «disciplinarios» en sentido amplio), lo que hace el Real Decreto-ley 3/2012 es abaratar, y mucho, el coste que supone para el empresario despedir improcedente o injustamente al trabajador, asimismo a través de dos vías. En primer lugar, la de reducir la indemnización por despido improcedente, que pasa de 45 días de salarios por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades,

26 Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, cit., págs. 123 y ss.

27 *Ibidem*, págs. 135 y ss.

28 Artículo 51, apartado 1, párrafo segundo, inciso primero, en la redacción que le dio el Real Decreto-ley 3/2012.

29 *Ibidem*, inciso segundo.

30 Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Despidos colectivos: libertad de empresa y acción administrativa en España», en E. BORRAJO DACRUZ (Editor), *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial, SA (Madrid, 1993), págs. 789 y ss.

31 Cfr. su exposición de motivos, apartado V, párrafo quinto. Acerca de la tradicional singularidad española en este tema, especialmente tras nuestro ingreso en las entonces Comunidades Europeas, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 197 y ss.

32 Cfr. el apartado 2 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción que le dio el Real Decreto-ley 3/2012.

a ser «una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades». En segundo lugar, la de eliminar los salarios de tramitación que debía pagar el empresario si hubiese optado por la no readmisión del trabajador ordinario improcedentemente despedido, lo que la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012 justifica, aunque parezca increíble, mediante una serie de reproches al empresario español (todos ellos relativos a lo que denomina «despido exprés»)³³, en los siguientes términos: «desde el punto de vista empresarial, el éxito de los "despidos exprés" también ha puesto en evidencia las disfuncionalidades del régimen jurídico del despido»³⁴, pues «no constituye un comportamiento económicamente racional —el que cabría esperar del titular de una actividad empresarial— despedir prescindiendo muchas veces de criterios relativos a la productividad del trabajador y, en todo caso, decantándose por un despido improcedente y, por tanto, más caro que un despido procedente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya justificación debería ser más habitual en tiempos, como los actuales, de crisis económica»³⁵, y más, porque «la razón de ello se reside en los costes adicionales que acarrear los salarios de tramitación y en la dificultad, que se ha venido denunciando, respecto a la posibilidad de acometer extinciones económicas con costes, en términos de tiempo y económicos, razonables»³⁶.

IV. ¿FLEXIBILIZACIÓN DE LA PERMANENCIA EN EL MERCADO LABORAL?

10. Curiosamente, en materia de «permanencia» en el mercado de trabajo, el Real Decreto-ley 3/2012 no parece tener ninguna duda de que ha operado una auténtica flexibilización del tema, proclamándolo así rotundamente el rótulo del Capítulo III de la norma —que es el Capítulo donde aparecen concentradas las medidas en cuestión—, literalmente relativo a «Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo»³⁷. Dentro de ese conjunto de medidas, las de mayor calado son sin duda las que aparecen reguladas en el artículo 12 de la norma, que procede a dar nueva redacción al artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (por ello mismo, dicho artículo 12, en congruencia con la enmienda que pretende operar, se rotula «Modificación sustancial de condiciones de trabajo»). Ante todo, lo más llamativo es ahora el nuevo elenco de condiciones de trabajo que pueden resultar modificadas, las cuales aparecen ordenadas en una serie de letras, desde la a) hasta la f)³⁸, destacando en esa serie —como novedad absoluta, respecto del Derecho en vigor antes de la reforma— la letra d), literalmente relativa

33 Sobre esta controvertida figura, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, cit., págs. 142-143.

34 Apartado V, párrafo cuarto.

35 *Ibidem*.

36 *Ibidem*.

37 Artículos 8 a 16.

38 Artículo 41, apartado 1, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción que le dio el Real Decreto-ley 3/2012.

a «Sistema de remuneración y cuantía salarial». En consecuencia, resulta posible ahora modificar el núcleo mismo del contrato de trabajo (lógicamente, rebajando el salario), si contemplado ese núcleo desde la perspectiva del trabajador, supuesto que la obligación de retribuir el trabajo es la causa del contrato para el mismo³⁹. Y todo ello, recuérdese, como «alternativa a la destrucción de empleo».

11. En relación con el procedimiento para llevar a cabo tal modificación, el tenor del nuevo artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores resulta ahora despistante. En efecto, frente al Derecho que había antes de la reforma, todo parece aparentemente depender ahora de cuál sea el umbral de trabajadores afectados por la modificación, de manera que se considerarían colectivas las modificaciones del contrato de trabajo que afecten a los umbrales tradicionalmente contemplados por la legislación laboral a estos concretos efectos (esto es, en un período de noventa días, las que afecten a 10 trabajadores en empresas que ocupen menos de 100, al 10 por ciento de trabajadores en empresas que ocupen entre 100 y 300, y a 30 trabajadores en empresas que ocupen más de 300), de manera que «se considera de carácter individual la modificación que, en el período de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas»⁴⁰. Pero resulta luego, sin embargo, que esta distinción es completamente intrascendente desde el punto de vista procedimental, puesto que si la modificación pretende afectar a una condición de trabajo regulada en un convenio colectivo oficial o estatutario (como en el caso prototípico de la cuantía de los salarios, regulada para el noventa por ciento de los trabajadores cubiertos en España por un convenio colectivo, precisamente en los convenios colectivos sectoriales provinciales)⁴¹, resulta entonces —según dispone inopinadamente el apartado penúltimo de este larguísimo precepto— que «la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3».

12. Lógicamente, esto último supone: 1) que para conseguir una modificación de la cuantía salarial, con independencia de que la modificación afecte a uno o a un ciento de trabajadores, resulta preciso «descolgarse» del convenio colectivo estatutario aplicable en la empresa; 2) que este «descuelgue», como contará con más detalle esta tarde el Profesor ARUFE VARELA, exige necesariamente llegar a un acuerdo con los representantes legales o sindicales de los trabajadores afectados; y 3) que hasta tal punto resulta imperativo acordar —y no meramente negociar— la modificación, que incluso se prevé que sólo por laudo arbitral pueda llegar a reemplazarse esa falta de acuerdo entre empresario y representantes

39 Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, cit., págs. 83 y ss.

40 Artículo 41, apartado 2, párrafo último, del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción que le dio el Real Decreto-ley 3/2012.

41 Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, cit., pág. 176.

de los trabajadores. Por ello mismo, sólo cabe extraer jurídicamente la conclusión de que ahora mismo, en España, resulta mucho más sencillo proceder a realizar despidos «objetivos» o «colectivos» (en los que, recuérdese, ya no hace falta acordar nada con los representantes legales o sindicales de los trabajadores) que proceder a modificar el contrato de trabajo. No existe, por tanto, casi ninguna posibilidad real de que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo sea —frente a lo que pretende el Real Decreto-ley 3/2012— una «alternativa a la destrucción de empleo», sino más bien todo lo contrario; y ello, porque el empresario, ante la tesitura de novar el contrato o extinguirlo —si es que las cosas le van mal—, optará por la extinción, sobre la base de que ya sólo tendrá que pagar la indemnización por despido procedente tradicionalmente barata, de sólo de 20 días de salarios por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades, acerca de lo cual —con crudo realismo— la exposición de motivos de la norma recuerda que «la tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta como modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad laboral»⁴², era lo que provocaba que el empresario — ante un despido colectivo— se viese obligado a «satisfacer indemnizaciones a los trabajadores por encima de la legalmente prevista para este despido»⁴³.

V. CONCLUSIÓN CRÍTICA

13. Con independencia de que el Real Decreto-ley 3/2012 sea una norma de constitucionalidad discutible —y en ocasiones, de inconstitucionalidad flagrante (en lo tocante, por ejemplo, a normas del tipo «reglamentariamente se determinarán los términos y condiciones para la aplicación de lo dispuesto en este precepto»⁴⁴, o «el Gobierno desarrollará reglamentariamente la cuenta de formación prevista en el apartado 10 del artículo 26 de la Ley 56/2003»⁴⁵, o «el Gobierno, previa consulta con los interlocutores sociales, evaluará la conveniencia de crear un cheque formación destinado a financiar el derecho individual a la formación de los trabajadores»), supuesto que se trata de disposiciones inconciliables con la existencia de razones de extraordinaria y urgente necesidad para legislar—, lo cierto es que las Cortes españolas acaban de convalidar, el pasado 8 de marzo, dicho Real Decreto-ley (lo que convierte a este último, además, en una norma de carácter provisional, que será sustituida en su día y con previsibles correcciones por la correspondiente Ley de las Cortes). En lo tocante a la creación de empleo, es claro que esta nueva reforma laboral no añade prácticamente nada a las «bienintencionadas»⁴⁶ y sucesivas reformas del Gobierno socialista anterior, por la sencilla razón de que la legislación laboral nunca tuvo —ni taumatúrgicamente puede pasar ahora a tener— la finalidad de crear empleos (aunque, visto lo que sucede con esta reforma, a causa de la descompensación existente entre el régimen de la modificación y el

42 Apartado V, párrafo quinto.

43 *Ibidem*.

44 Cfr. su disposición final novena, apartado 5.

45 Cfr. su disposición final segunda.

46 Así las califica la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012 (apartado I, párrafo sexto, inciso último).

régimen de la extinción del contrato de trabajo, sí podría contribuir a que el empresario se viese estimulado a tener que destruir más empleos). Lo confiesa incluso —por paradójico que pueda resultar—, aunque a su modo, la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley, allí donde afirma —refiriéndose a que el problema que tenemos actualmente en España no son los preceptos laborales, sino la falta de funcionalidad de nuestras entidades de crédito, que es lo que de verdad impide la existencia de «emprendedores» y, como consecuencia de ello, la creación de nuevos empleos—, literalmente, que «la tradicional indemnización por despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, constituye un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para las más pequeñas en un momento como el actual de *dificultad de acceso a fuentes de financiación*».