

**REFLEXIONES SOBRE LOS ACUERDOS SOBRE ESTABILIDAD
EN EL EMPLEO, ESTRUCTURA DE NEGOCIACIÓN
COLECTIVA Y VACÍOS DE CONVENIO**

Francisco Antonio Rodríguez Santana

*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.*

SUMARIO:

I. PUNTOS DE ANÁLISIS

- 1.1 *Fin de los contratos de fomento de empleo y lanzamiento de nueva actividad. Causalización del contrato temporal*
- 1.2 *Rechazo del contrato temporal a término como cláusula pactada individualmente por trabajador y empresario*
- 1.3 *Consolidación del carácter causal de la contratación temporal*
- 1.4 *Recuperación problemática del fijo discontinuo*
- 1.5 *Singular importancia de las funciones atribuidas a la comisión mixta del acuerdo sobre estabilidad en el empleo*
- 1.6 *Contrato en prácticas*
- 1.7 *Contrato para la formación o contratos formativos*
- 1.8 *Minusválidos*
- 1.9 *Contrato a tiempo parcial*
- 1.10 *Cotización del contrato a tiempo parcial*
- 1.11 *Otros puntos importantes sobre el contrato a tiempo parcial*
- 1.12 *Sobre el contrato eventual y de obra o servicio*
- 1.13 *Contratos eventuales*
- 1.14 *Régimen transitorio para los contratos temporales vigentes con duración ampliada en virtud de convenio colectivo*
- 1.15 *Empresas de trabajo temporal (ETT). Importancia singular del grupo tripartito administración, sindicatos y organizaciones empresariales para organizar el funcionamiento del sector y las medidas que permitan el mejor funcionamiento de las ETT*
- 1.16 *Importancia del fomento de empleo indefinido a través de la nueva figura y de la conversión de temporales en nuevos fijos por tiempo indefinido dado la vigencia limitada de cuatro años de estas medidas legislativas pactadas*
- 1.17 *En materia de tiempo de trabajo y empleo*
- 1.18 *Acuerdo interconfederal sobre negociación colectiva*
- 1.19 *Acuerdo sobre cobertura de vacíos*

II. INTERPRETACIÓN DEL NUEVO ART. 52 C) DE ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

I.PUNTOS DE ANÁLISIS

1.1 Fin de los contratos de fomento de empleo y lanzamiento de nueva actividad. Causalización del contrato temporal

El acuerdo para la Estabilidad en el Empleo y el posterior Real Decreto Ley 8/1997 de 16 de Mayo, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el

Fomento de la Contratación Indefinida deroga el contrato temporal de fomento de empleo para cuya configuración a través de Reglamento estaba habilitado el Gobierno por el art. 17.3 del Estatuto de los Trabajadores desde 1980 y que ha desaparecido dándose nueva redacción a este precepto en la que se proclama rotundamente que cualquier medida de reserva, duración o preferencia en el empleo se orientara prioritariamente o fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y a la conversión de contratos temporales en por tiempo indefinido.

Esta figura ha funcionado en nuestro ordenamiento legal como origen principal a partir de 1984 de la precariedad y temporalidad en el empleo y del abuso empresarial de la contratación temporal. Tanto es así que incluso después de la Reforma Laboral de 1994 es que se pretendió poner coto a esta figura de temporalidad tan universalmente utilizada en la década de los 80 y primeros años de los 90, la práctica social de las empresas de utilizar la temporalidad en la contratación laboral ha conducido a un fraude legal masivo, puesto que se ha utilizado para alcanzar este fin de temporalidad unas figuras previstas para situaciones excepcionales como son el contrato eventual y el contrato de obra o servicio.

La desaparición de esta figura implica una clarificación importante, puesto que evidencia con más fuerza que hasta ahora que la persistencia en su caso en la generalización en la contratación temporal a través de los contratos eventuales y contratos de obra o servicio, no serían básicamente un problema de cambio de ley, de modificación de su letra, sino una cuestión de fraude a la ley que ha de ser corregido a pesar de la masividad del mismo mediante actuaciones sindicales de promoción de denuncias administrativas y de reclamaciones judiciales.

El fraude a la ley no se nos olvide no se arregla con una modificación de la letra, sino con un cambio en la práctica social.

Igual comentario merece la desaparición del contrato de lanzamiento de nueva actividad que supone un fortalecimiento y consolidación del carácter causal de la contratación temporal, de su naturaleza excepcional o singular frente a la contratación común u ordinaria que debe ser la más utilizada, la contratación por tiempo indefinido.

Aunque sólo fuera por esta clarificación legislativa del contrato temporal como contrato excepcional para causas tasadas justificadas del mismo y la desaparición de las dos figuras clásicas de contratos temporales no causales que tanta confusión han creado en nuestro ordenamiento legal, en nuestra jurisprudencia en la práctica social incluso en la práctica de negociación colectiva como es el fomento de empleo y el de lanzamiento de nueva actividad, el Acuerdo tendría una valoración positiva.

1.2 Rechazo del contrato temporal a término como cláusula pactada individualmente por trabajador y empresario

Junto con esta consolidación del carácter causal de la contratación temporal y por lo tanto de su naturaleza singular frente al contrato común por tiempo indefinido o

estable, el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo y el posterior Real Decreto 8/1997 de 16 de Mayo rechazan completamente todas las propuestas que se habían vertido en determinados medios políticos y empresariales acerca del nuevo contrato temporal a término con desaparición por tanto del carácter causal o naturaleza excepcional de la contratación temporal.

Sobre este extremo se ha de tener en cuenta que existían sugerencias reiteradas en torno a una modificación del art. 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de posibilitar como causa válida no debe constituir abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.

Esta modificación del art. 49.1.b) propuesta antes de que se alcanzara el Acuerdo junto con un retoque del art. 15 hubiera implicado de prosperar, la descausalización total de la contratación temporal y a su vez la descausalización del despido o extinción, puesto que el control judicial sobraría habida cuenta de que sería la voluntad concorde del trabajador y el empresario consignada en el contrato individual del trabajo la que facultaría para la extinción una vez expirase el término temporal pactado en el mismo.

Junto con esta descausalización de la contratación temporal o a término y correlativamente del despido, de haber prosperado esta reivindicación, planteada por medios económicos, incluso medios jurídicos, el contrato temporal a término indebidamente calificado como contrato estable se habría convertido no ya en la práctica social, sino en la propia ley en la figura jurídica normal y ordinaria, con los consiguientes efectos en cuanto a la individualización de las relaciones laborales y a la supresión por tanto del protagonismo sindical o de la acción colectiva.

Desde el punto de vista de las obligaciones internacionales este cambio normativo hubiera exigido en la práctica la denuncia del Convenio 158 de la OIT por España o de no haberse hecho la presentación de un queja sindical internacional sobre el incumplimiento total de los mandatos de este convenio y su principio jurídico fundamental de carácter causal de la extinción del contrato de trabajo a iniciativa del empresario.

En la situación creada por el Acuerdo y por el Real Decreto Ley antes citado, se mantiene el carácter restrictivo y por tanto la lista cerrada de la contratación temporal del art. 15 y como se ha dicho se rechazó la maniobra del retoque de los arts. 49.1.b) y 15 del Estatuto a través de la cual se pretendía un contrato temporal a término con prorrogas sucesivas en su caso de seis en seis meses, de año en año o de tres en tres meses, pero descausalizado. Sin que el gravísimo perjuicio a la defensa jurídica y judicial y a la acción sindical de la descausalización pudiera ser compensado con la indemnización de 20 o más días por año, puesto que jurídicamente estaríamos en presencia de una extinción del contrato a iniciativa del empresario sin causa ni motivo alguno, y sin posibilidad real del trabajador de formular reclamación ante un órgano judicial.

1.3 Consolidación del carácter causal de la contratación temporal

Sobre estos puntos la propia Exposición de Motivos del Acuerdo resulta clarificadora, así en el párrafo séptimo de la Introducción se proclama “CEOE, CEPYME y CC.OO. y UGT apuestan decididamente en este Acuerdo por potenciar la contratación indefinida; favorecer la inserción laboral y la formación teórica y práctica de los jóvenes, especificar y delimitar los supuestos de utilización de la contratación temporal especialmente los contratos de obra o servicio o eventual por circunstancias de la producción;...” El acuerdo incorpora también lo siguiente: “constitución de la Comisión Mixta de Empleo de composición bipartita que efectúe un seguimiento del mercado de trabajo con especial atención a las medidas de reforma acordadas, pudiendo proponer en su caso, las acciones pertinentes que favorezcan la estabilidad en el empleo, así como el buen funcionamiento del mercado de trabajo”.

Más adelante la Introducción también establece “Todo ello dentro del mantenimiento de la causalidad del despido y el control judicial derivados de los principios impuestos por el propio ordenamiento jurídico”.

1.4 Recuperación problemática del fijo discontinuo

En el contenido del Acuerdo se produce la recuperación mediante su singularidad dentro del contrato a tiempo parcial de la figura del fijo discontinuo dándose por tanto nueva redacción al art. 8.2 del Estatuto de los Trabajadores en donde se menciona explícitamente la figura del fijo discontinuo que no existía con esta singularidad en el art. 8.2 del Estatuto promulgado tras la reforma de 1994. Queda pendiente una importante tarea que deberá ser examinada en la Comisión Mixta del Acuerdo en torno al desarrollo reglamentario del fijo discontinuo, en puntos tan importantes como requisitos para el acceso a la prestación de Incapacidad Temporal, Prestación por Desempleo y cómputo de bases de cotizaciones y periodo de cotización. Se ha de llamar la atención sobre la importancia de este desarrollo reglamentario porque de no acertarse en la solución de estos problemas, en la práctica se fomentará el contrato eventual año a año o por un periodo de tiempo por las fáciles condiciones de protección social en cuanto a Incapacidad Temporal y Desempleo y en cuanto a carrera de cotización por la alternación entre empleo-desempleo que plantea esta figura en relación con un fijo discontinuo cuya regulación no esté bien diseñada.

Ha de tenerse en cuenta que dos modalidades prácticas muy importantes del fijo discontinuo son los trabajos de temporada que son fijos y periódicos dentro del volumen de actividad en la empresa y que tienen una cierta similitud práctica con el eventual o de puntas de producción de una empresa.

Igual ocurre con la otra modalidad práctica de fijo discontinuo como es el trabajo de campaña que se refiere a trabajos ciertos, en el sentido de que se dan con periodicidad anual, pero inciertos, pero inciertos en cuanto a su realización, que depende de variados factores que hacen impredecible la fecha de inicio y su exacta duración, como son las actividades de conservas vegetales, o de recolección, manipulado de envasado de frutas y hortalizas, etc.

Hay que partir de la base que el trabajo del fijo discontinuo no es un puro contrato a tiempo parcial al menos en sentido estricto. Si lo es en el sentido lato de que su jornada es inferior a la anual establecida en los convenios para los trabajadores comunes, pero no lo es por cuanto se ejecuta a jornada completa, pero sin que se preste servicios, como con tanto acierto decía al antiguo art. 15.6 del ET todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborables con carácter general.

Es esta peculiaridad del fijo discontinuo en relación al puro contrato a tiempo parcial, es decir su ejecución a jornada completa durante una campaña o temporada (incluyendo el uso y abuso de las horas extras) lo que hace que pueda ser sustituido en la práctica social por el contrato eventual o para obra o servicio, dado que puede decirse perfectamente que el contrato fijo discontinuo es un contrato eventual que se repite durante todos los años.

Debemos tener en cuenta que en la actualidad el contrato eventual recibe una mayor protección social de desempleo y una mayor protección de subsidio de IT y de posibles cotizaciones durante la situación de desempleo o no trabajo. Así, su subsidio de desempleo para seis meses trabajados llega a 21 de duración en el supuesto de cargas familiares, su subsidio de IT no está sometido a discusión como en los fijos discontinuos dado que el contrato de trabajo está extinguido en el caso de eventual de seis meses.

De ahí la existencia en un buen desarrollo reglamentario de la figura del fijo discontinuo, para evitar la incentivación del eventual y la vulneración de los principios tanto del Acuerdo como del Decreto Ley 8/97 de 16 de Mayo, como el Decreto Ley 9/97 de 16 de Mayo sobre Incentivos para el Fomento de la Contratación Indefinida y la Estabilidad en el Empleo.

1.5 Singular importancia de las funciones atribuidas a la comisión mixta del acuerdo sobre estabilidad en el empleo

Esta figura recuperada de fijo discontinuo ya comentada con anterioridad, así como otros aspectos que el Acuerdo esboza pero no desarrolla sino que remite una deliberación y propuesta a la Comisión Mixta revaloriza el papel estratégico de ésta, en cuanto a la consecución real de los objetivos proclamados de estabilidad en el empleo.

Así la protección social de IT para los contratos de formación; el sistema de cotización y computo de cotizaciones de los contratos a tiempo parcial (modificando o alterando en algo el riguroso sistema actual de cotización hora de trabajo que impide que se completen cotizaciones y la carrera del seguro para las prestaciones contributivas de jubilación o invalidez); la utilización práctica y real de los contratos de obra y servicio y eventuales y su ajuste o no a los objetivos de estabilidad en el empleo y fomento de contratación indefinida, son muestras de la importancia de las funciones asignadas a esa Comisión Mixta.

1.6 Contrato en prácticas

Respecto del Contrato en Prácticas permanece prácticamente inalterada la regulación anterior, si bien se establece como novedades que a través de convenio colectivo sectorial estatal o en su defecto en los convenios sectoriales de ámbito inferior se podrán determinar los puestos de trabajo, grupo, nivel o categoría profesional objeto de este tipo de contrato.

Esta figura contractual en el Acuerdo Interconfederal de Estabilidad en el Empleo (AIEE), configura un importante papel complementario del convenio colectivo sectorial estatal o en su defecto sectorial de ámbito inferior o incluso en algunos supuestos que no es este convenio colectivo de empresa, para regular y delimitar el contenido de los denominados contratos temporales. De ahí la importancia de cuidar el contenido de la negociación colectiva para evitar que como ha ocurrido en los últimos años en que la negociación colectiva sectorial, actúe como instrumento de descausalización de los contratos temporales al complementar la regulación contenida en la ley.

Asimismo, se establece que la retribución del trabajador en prácticas será la fijada en convenio colectivo y en el caso de no haberse fijado en estos, la retribución percibida por el empleado con contrato en prácticas no podrá ser inferior al 60 ó 75% durante el primer o segundo año de vigencia del contrato respectivamente del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo.

Asimismo la duración del contrato no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de dos años y dentro de estos dos límites los convenios colectivos sectoriales estatales o en su defecto y con carácter subsidiario los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán determinar la duración del contrato.

1.7 Contrato para la formación o contratos formativos

Como novedad importante hay que reseñar que el objeto de este contrato, es la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o de un puesto de trabajo que requiera un nivel determinado de cualificación.

La novedad radica en este requerimiento de determinado nivel de cualificación lo que viene a reforzar que puestos de trabajo u oficios que no exijan este determinado nivel de cualificación, peones, limpiadores, etc, no puede ser objeto de contrato para la formación.

Otra novedad es que se reducen de menores de 25 años las personas que pueden ser contratadas a menores de 21 años que carezcan de titulación requerida para realizar un contrato en práctica.

No obstante, este límite máximo de edad de 21 años no será aplicable como hasta ahora para el caso de trabajador minusválido y, asimismo, para el caso de los

contratos para la formación que se realicen en el marco de los programas públicos de empleo-formación de Escuelas-Taller y Casas de Oficios podrán celebrarse con trabajadores mayores de 16 años y menores de 24 años. Todo ello de conformidad con la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto Ley 8/97 sobre contratos para la formación de Escuelas Taller y Casas de Oficios.

Otra innovación consiste en que nuevamente mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrá establecer en función del tamaño de la plantilla, el número máximo de contratos a realizar, así como los puestos de trabajo objeto de este contrato.

Junto con este llamamiento al convenio sectorial estatal o en su defecto al convenio sectorial de ámbito inferior también se convocan a los convenios colectivos de empresa para establecer el número máximo de contratos a realizar en función del tamaño de la plantilla en el supuesto de que exista un plan formativo de empresa.

Por último se establece que si los convenios colectivos sectoriales o de empresa ya referidos no determinasen el número máximo de contratos que la empresa puede realizar en función de su plantilla, dicho número será el determinado reglamentariamente.

En cuanto a la duración mínima sigue siendo igual, seis meses y la duración máxima ya no es de tres años, sino de dos años.

No obstante, también nuevamente se invoca el convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o convenios colectivos sectoriales de ámbitos inferiores como instrumentos para establecer otras duraciones del contrato formativo, pudiéndose ampliar la duración máxima en atención a las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar a las exigencias formativas del mismo hasta tres años.

Respecto al tiempo dedicado a formación se mantiene la regla de que en ningún caso puede ser inferior al 15% de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o en su defecto de la jornada máxima legal.

Respetando este límite de 15% que como mínimo debe dedicarse a la formación teórica los convenios colectivos pueden establecer el tiempo dedicado a la formación teórica, así como su distribución y establecer por tanto el régimen de alternancia o concentración de este tiempo de formación teórica respecto del tiempo de trabajo efectivo.

Otra novedad consiste en que a la finalización del contrato, el empresario debe entregar al trabajador un certificado en el que conste la duración de la formación teó-

rica y el nivel de la formación práctica adquirida. El trabajador podrá solicitar de la Administración Pública competente que previas las pruebas necesarias le expida el correspondiente certificado de profesional.

Como novedad importante se establece la de la retribución del trabajador contratado para la formación, puesto que desaparece la referencia que existía en el antiguo contrato de aprendizaje o contrato basura a que el salario si no está fijado en el convenio colectivo no puede ser inferior al 70, 80 ó 90% del Salario Mínimo Interprofesional. Con la nueva redacción la retribución del trabajador contratado para la formación será la fijada en convenio colectivo, y en ningún caso puede ser inferior al Salario Mínimo Interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

Hay que tener en cuenta que la Disposición Transitoria Tercera del RDL 8/97 sobre retribución de los trabajadores menores de 18 años contratados para la formación dice: “Hasta tanto se produzca la equiparación del Salario Mínimo Interprofesional de los trabajadores menores de 18 años de edad con los mayores de dicha edad, la retribución de los menores contratados para la formación tendrá como garantía mínima, cualquiera que sea el tiempo de formación teórica la del 85% del Salario Mínimo Interprofesional correspondiente a su edad”.

Respecto a la acción protectora de Seguridad Social el contratado para la formación está incluido en las contingencias siguientes en cuanto a situaciones protegibles y prestaciones, las que ya tenía derivadas de accidente de trabajo, enfermedades profesionales, asistencia sanitaria en caso de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad, prestaciones económicas por maternidad, pensiones y Fondo de Garantía salarial y ahora se añade la prestación por incapacidad temporal.

En relación con el fraude la normativa establecía que el incumplimiento empresarial con las obligaciones en relación con la formación teórica implicaba el abono al trabajador en concepto de indemnización de una cantidad igual a la diferencia que existía entre el salario percibido por el empleado en virtud del tiempo de formación teórica pactada con el contrato y el Salario Mínimo Interprofesional o pactado en convenio colectivo. Ahora la normativa establece que el contrato para la formación se presumirá de carácter común u ordinario cuando el empresario incumpla en su totalidad sus obligaciones en materia teórica.

Nuevamente se establece el llamamiento a la negociación colectiva ya que como innovación se ha introducido que la negociación colectiva podrá establecer compromiso de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido.

1.8 Minusválidos

En relación con los minusválidos la Disposición Adicional del RDL 8/97 establece que las empresas que celebren contratos en prácticas a tiempo completo con minusválidos, tendrán derecho a una reducción durante la duración del contrato del 50% de la cuota empresarial de la Seguridad Social.

Igual ocurre con los contratos para la formación que también tendrá esta bonificación del 50% de la cuota de la Seguridad Social.

Asimismo se declara expresamente vigente las peculiaridades que para los contratos de formación celebrados con trabajadores minusválidos que presten servicios en centros especiales de empleo se establecen en el art. 7 del Real Decreto 1368/1985 de 17 de Julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

1.9 Contrato a tiempo parcial

Junto con la recuperación ya comentada de la figura del fijo discontinuo se establece como novedad la supresión de la otra figura clásica de los denominados contratos basura el contrato marginal de duración inferior a 12 horas a la semana o 48 al mes y, por lo tanto, se deroga la previsión normativa propia de esta figura de contratos marginales sobre que en materia de protección social sólo se incluían las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes, prestaciones económicas correspondientes a los periodos de descanso por maternidad y Fondo de Garantía Salarial.

Por lo tanto, ahora en materia de protección social no se excluye ninguna contingencia ni prestación, con independencia de la duración del tiempo de trabajo del contrato parcial, ahora bien subsisten los graves problemas detectados en cuanto a la protección social que plantea esta figura contractual.

Dado que unas de las funciones de la Comisión Mixta es el estudio de la protección social del contrato a tiempo parcial, hemos de tener en cuenta que es fundamental que por esta Comisión se haga una valoración y se determine una propuesta de solución al problema.

Hay que tener en cuenta que la norma y el Acuerdo establece que, sólo se computarán para determinar los periodos de cotización y el cálculo de la base reguladora las horas trabajadas.

Ahora bien el propio texto establece que, reglamentariamente se determinará la fórmula de cálculo de los días de cotización exigibles, equivalentes a la jornada habitual diaria en la actividad de que se trate, así como los periodos en que los mismos hayan de estar comprendidos.

Este es el contenido de la Disposición Adicional Séptima Segunda de la Ley General de la Seguridad Social a que se remite el Acuerdo.

Sobre este punto el propio Acuerdo estableció el compromiso de las partes para dirigirse al Gobierno, con la finalidad de que previos los análisis correspondientes, se pongan en marcha las previsiones establecidas en la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de Seguridad Social, a efectos de determinar los periodos de carencia y cómputo de cotizaciones.

Es fundamental establecer una traducción en días de cotización de las horas de trabajo cotizadas para lo cual se puede acordar perfectamente que se considere como cotizado y por tanto se compute para periodo de carencia todo el mes en que se haya trabajado varias horas durante varios días, si bien la base reguladora como correspondientes a esos 30 días cotizados será el salario real percibido en ese mes, de tal modo que la base reguladora de la prestación será muy pequeña y el beneficiario en su caso cobrará la prestación mínima o una prestación muy pequeña, puesto que su base de cotización es muy reducida.

Otra posible fórmula a deliberar y proponer, en su caso, en la Comisión Mixta comentada en epígrafes anteriores consiste en que las horas extraordinarias cuya posibilidad y licitud se mantiene en los nuevos textos coticen como horas ordinarias de trabajo a tiempo parcial y por lo tanto se integren en el cómputo de horas reales de trabajo cotizadas y su conversión en los 30 días o mes cotizado como cómputo a efectos de periodo de carencia, con la repercusión ya descrita en cuanto a base de cotización mensual inferior a la mínima ordinaria y la correspondiente incidencia en la base reguladora.

Hay que tener en cuenta que con las innovaciones descritas sobre el contrato a tiempo parcial y muy especialmente con la supresión de la figura del contrato marginal, se supera el reproche formulado acerca de la instrumentalización de esta figura como una vía de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, en la medida en que son las mujeres las que estadísticamente en mayor número de ocasiones son destinatarias de esta modalidad contractual.

En consecuencia el posible reproche que tenía la figura del contrato a tiempo parcial en la doctrina contenida en la sentencia del TC 177/93 de 31 de Mayo y en las múltiples de los Tribunales de Justicia de las Comunidades que esta cita, es en gran parte superado.

1.10 Cotización del contrato a tiempo parcial

Importante tarea pendiente para la Comisión Mixta.

Ya se han descrito algunos de los elementos problemáticos de esta figura y se ha apuntado incluso algunos posibles soluciones parciales. Queda ahora por señalar lo

siguiente: establecimiento con claridad en el Reglamento de un cómputo diferente para las cotizaciones de los trabajadores a tiempo parcial que se realizaron con anterioridad a 1 de Enero de 1994 y las que se hicieron después, de tal modo que se establezca como regla que para el cálculo de las prestaciones del sistema de Seguridad Social las cotizaciones efectuadas con anterioridad al 1 de Enero de 1994 se computaran con arreglo a la legislación vigente en aquel momento aunque el hecho causante de las prestaciones se produzca con posterioridad a dicha fecha.

Asimismo se establecerá que la Orden de 18 de Julio de 1991 por la que se regula el convenio especial en el sistema de Seguridad Social ha de ser modificada en el sentido de que pueda suscribirse este convenio no sólo para completar la cotización derivada del contrato a tiempo parcial hasta la base mínima de cotización fijada con carácter general para su categoría o grupo profesional, sino que también podrá celebrarse para completar los periodos de cotización para el cálculo de las prestaciones; como vía importante de poder acceder a dichas prestaciones al posibilitarse el cumplimiento del periodo de carencia que la redacción actual de la Orden hace imposible.

En consecuencia, debería establecerse que en virtud de convenio especial con la Seguridad Social los trabajadores a tiempo parcial podrán completar la cotización por la totalidad de la jornada, a fin de procurar completar el periodo de carencia en las distintas prestaciones de la Seguridad Social. La base mensual de cotización estará constituida por la diferencia entre la base mínima de cotización a tiempo parcial entre las horas trabajadas y la base mínima vigente en cada momento para la categoría o grupo profesional del trabajador.

1.11 Otros puntos importantes sobre el contrato a tiempo parcial

Hay que tener en cuenta que debe quedar claro la imposibilidad de transformación de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial a través del cauce del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, salvo que esta transformación se acuerde de manera provisional mediante acuerdo o convenio colectivo.

Asimismo, debe establecerse que la realización por parte de un trabajador a tiempo parcial de una jornada real o efectiva superior a la fijada en su contrato de manera continuada durante un periodo de dos meses, implicará la presunción de que existe fraude de ley o abuso de derecho en este contrato y que por lo tanto la jornada pactada ha de ser sustituida por la jornada ordinaria, transformándose el contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo.

Igualmente, se establecerá que el subsidio por desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial debe reconocerse en los mismos supuestos que la pérdida de un trabajo a tiempo completo.

Por último y en relación con los fijos discontinuos ha de tenerse en cuenta, las peculiaridades esenciales que tienen estos colectivos, en cuando al subsidio por desempleo.

Estas peculiaridades son las siguientes:

- Exclusión de subsidio para mayores de 52 años y exclusión también para el subsidio especial de mayores de 45 años.
- Respecto a la duración del subsidio en vez de tener la misma que la de fijos ordinarios la duración es equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud en los casos de mayores de 45 años sin responsabilidades familiares, que no tengan derecho a la prestación contributiva y parados que agotan la prestación por desempleo y tienen responsabilidades familiares.
- Cotización por jubilación durante la percepción del subsidio por desempleo, cuando acreditan un periodo de ocupación cotizada de 180 días o más se cotiza por jubilación durante un período de 60 días.

La propuesta sería o bien un global consistente en equiparación de supuestos y condiciones en cuanto a percepción de subsidio de desempleo entre los fijos discontinuos o los fijos ordinarios o bien una equiparación parcial sobre alguno de los restantes puntos, sobre subsidio para mayores de 52 años, o mayores de 45 años.

1.12 Sobre el contrato eventual y de obra o servicio

Nuevamente se ha de repetir la idea ya establecida con anterioridad acerca del papel flexibilizado jugado no sólo por la interpretación judicial en cuanto a la verdadera descausalización parcial de estos contratos temporales causales o estructurales sino también por la propia negociación colectiva, que ha ampliado de una manera desproporcionada los periodos de duración máxima de los contratos eventuales hasta seis años en algún convenio y ha identificado como tareas o trabajos propios del contrato de obra o servicio de algunos trabajos o tareas que no reúnen las notas de sustantividad y autonomía propias y específicas.

De entrada hay que señalar que sobre el contrato de obra o servicio se mantiene la definición legal anterior añadiendo la previsión que hacia el Reglamento o Decreto 2546/94 de 29 de Diciembre por el que se desarrolla el art. 15 del ET, consistente en que la obra o servicio determinados debe reunir las notas de autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución aunque limitada en el tiempo sea en principio de duración incierta. Como novedad y en esta materia de contrato de obra o servicio se efectúa un nuevo llamamiento a la negociación colectiva a los convenios colectivos sectoriales estatales y a los de ámbito inferior incluidos los convenios de empresa con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa.

El buen uso de esta tarea identificadora en la negociación colectiva es fundamental, puesto que si no se hace de manera objetiva y rigurosa nuevamente la negociación colectiva no valdrá para los fines y objetivos proclamados de estabilidad en el empleo estrechamente vinculados a la contratación temporal causal, sino que a tra-

vés de esta descausalización progresiva de estas modalidades contractuales se permitirá la utilización de esta figura, en vez de la nueva figura de contrato de empleo indefinido con indemnización de 33 días por año para el despido improcedente basado en causas objetivas.

Más aun en los nuevos convenios colectivos puede hacerse una definición sobre los contratos de obra o servicio consistente en una delimitación negativa de su objeto o tareas prescribiendo por ejemplo que la adjudicación o duración de una contrata a la empresa de servicios no podrá constituir objeto ni causa de un contrato temporal de obra o servicio por parte de los trabajadores de esa empresa de servicios.

En otras palabras que el contrato de obra o servicio de empleados de empresas de limpieza o de empresas de seguridad o de las propias ETT no podrá tener como objeto la prestación de servicios laborales en la empresa contratista o contrata o empresa usuaria o cliente, de tal modo que un contrato laboral o un contrato mercantil de puesta a disposición entre la empresa usuaria y la ETT.

Es fundamental por lo tanto superar una cierta pereza o pesimismo convencional por parte del sindicalismo confederal y realizar esfuerzos en la confección de plataformas reivindicativas y en la fase de propuestas y sugerencias relacionados con los contenidos de la negociación colectiva y como se verá más adelante con la estructura y ordenación de la misma.

Asimismo se ha de tener en cuenta que los convenios colectivos sectoriales estatales firmados por los sindicatos más representativos (CC.OO. y UGT) y los Acuerdos sobre materias concretas regulados por el art. 83.2 pueden establecer reglas denominadas de concurrencia o preferencia aplicativa entre diversas cláusulas de convenios colectivos, y por lo tanto, puede pactarse esta delimitación negativa de contrato de obra o servicio en un convenio sectorial estatal.

1.13 Contratos eventuales

Como novedad importante está la reducción del periodo de duración máxima que es incluso posible pactar en la negociación colectiva, tanto es así que el periodo máximo dentro del cual se podrá realizar contratos eventuales será en cualquier caso de 18 meses y no podrá superar la duración de contrato las 3/4 partes de periodo de referencia establecido, es decir, la duración máxima del contrato si el convenio colectivo sectorial amplía la duración, puede pasar de 6 meses dentro del periodo de 12; a 13,5 meses dentro del periodo de 18 meses como máximo.

Se ha de señalar que los únicos convenios válidos para ampliar en principio la duración máxima del contrato eventual es el sectorial estatal o el sectorial de ámbito inferior y no el de empresa.

Hay que tener en cuenta que la modificación de la duración máxima no sólo es para ampliarla mediante el convenio colectivo sectorial, sino que es lícita también para la reducción de la duración máxima por debajo por tanto de 6 meses.

Los nuevos textos establecen que por convenio colectivo sin distinción y por tanto incluido el de empresa, se puede determinar las actividades en las que puede contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa.

De nuevo hay que insistir en que es fundamental que los nuevos convenios colectivos no descausalicen ni faciliten la contratación de eventuales o de obra o servicios, puesto que de ser así sin lugar a dudas la utilización de estas figuras temporales se hará por parte de las empresas en detrimento de la nueva modalidad de contrato indefinido, con indemnización de 33 días por año para el caso de despido por causa objetiva improcedente.

Asimismo, resultaría paradójico que en los convenios colectivos se pacten con facilidad cláusulas e identifiquen con amplitud tareas o trabajos susceptibles de ser cubiertos mediante contrato de obra o servicio o que se fijen actividades en las que puedan contratarse eventuales y simultáneamente se pretenda como es imprescindible y necesario transformar los contratos temporales vigentes en los nuevos contratos fijos.

1.14 Régimen transitorio para los contratos temporales vigentes con duración ampliada en virtud de convenio colectivo

En virtud de la Disposición Transitoria 1 párrafo 2 de RDL 8/97 en su pura interpretación literal que coincide con el texto del AIEE, el régimen jurídico previsto en los convenios colectivos para los eventuales, deja de aplicarse a estos una vez que acabe la vigencia de los convenios colectivos.

Por lo tanto a partir de que expire la vigencia de los convenios colectivos los contratos temporales de duración ampliada en virtud de estos, deben pasar a regirse por lo dispuesto en la nueva regulación.

1.15 Empresas de trabajo temporal (ETT). Importancia singular del grupo tripartito administración, sindicatos y organizaciones empresariales para organizar el funcionamiento del sector y las medidas que permitan el mejor funcionamiento de las ETT.

Lo fundamental del Acuerdo, de la Disposición y de los nuevos textos normativos consiste en que se consolida y amplía algo la capacidad representativa que ya la Ley 14/94 atribuía en parte a los representantes de los trabajadores de las empresas usuarias para tener la representación laboral sobre materias determinadas de los tra-

bajadores en misión de la ETT. Esta representación se refiere a efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones en que se está prestando la actividad laboral o se está trabajando. Este tipo de reclamaciones debe dirigirse lógicamente a la empresa usuaria y no a la ETT.

Hay que tener en cuenta que el propio Acuerdo establece un conjunto de materias que ha de ser desarrollado y examinado en el grupo de trabajo tripartito con participación de la administración y los agentes sociales, en donde se dialogará sobre las posibles soluciones a los muy agudos problemas que tienen los empleados de las ETT y que afectan también a las plantillas de las empresas usuarias.

El Acuerdo enuncia, una serie de puntos que deben ser incorporados inexorablemente en el diálogo del grupo tripartito, así hay que llamar la atención sobre la importancia del modelo de contrato de trabajo temporal para las ETT que ha de ser elaborado mediante un Real Decreto y que debe clarificar la situación respecto a su relación con la causa u objeto del contrato mercantil de puesta a disposición entre la ETT y la empresa usuaria.

Sobre este punto es fundamental establecer con claridad la regla ya enunciada antes acerca de inviabilidad de un contrato de obra o servicio temporal entre trabajador en misión y la ETT, cuya duración y objeto coincide con la prestación de servicios para cubrir el contrato mercantil de puesta a disposición entre la ETT y la usuaria.

Hay que tener en cuenta que la fórmula legal empleada para determinar cuándo una empresa cualquiera puede recurrir a una ETT para que ésta le ceda o preste trabajadores a sus servicios, es la prevista en el art. 6.2 de la Ley 14/94 de las ETT. Según este precepto se trata de satisfacer necesidades temporales de la empresa usuaria sin más adjetivación.

Cabe por tanto una definición restrictiva de la posibilidad de utilizar este préstamo o cesión de mano de obra, para necesidades temporales de la empresa usuaria considerando que la definición del contrato de obra o servicio temporal entre el trabajador desplazado o en misión y su ETT vinculada a la cesión como objeto del contrato mercantil de puesta a disposición entre ésta y la usuaria puede no responder a una necesidad temporal, sino a una necesidad habitual de la empresa usuaria.

La manera de eliminar esta indefinición jurídica o indeterminación que puede ser fuente de muchos fraudes de ley o abuso de derecho, es establecer esta regla de prohibición de utilizar el contrato temporal de obra o servicio para los trabajadores de las ETT en misión.

Asímismo hay que tener en cuenta, que el propio Acuerdo establece la necesidad de modificaciones legales para garantizar el desarrollo de derecho a la información previsto en el art. 9 de la Ley 14/94.

Este artículo 9 de la Ley establece un deber de información de la empresa usuaria a su representación legal sobre la realización de contratos de puesta a disposición y cabe por tanto una especificación legal consistente en que este deber de información contiene la entrega de la copia del citado contrato de puesta a disposición, así como la necesidad de que con carácter previo a la celebración de esta clase de contratos con las ETT, en la empresa usuaria habrá un periodo de consultas con la representación legal o sindical de los trabajadores acerca de la necesidad de acudir a las ETT.

En cuanto a la elaboración del reglamento sobre actividad o trabajos peligrosos para la salud a que se refiere el Acuerdo debe establecerse la responsabilidad solidaria por infracción de normativa de salud laboral entre la empresa usuaria y la ETT, responsabilidad solidaria ésta que incluso se deduce de la normativa vigente.

En cuanto a las actividades que por sus especiales características requieren un tratamiento específico de las ETT hay que señalar que existen actividades en las cuales no se debería celebrar ninguna clase de contrato de puesta a disposición y además de lo expresamente previsto en el art. 8 de la Ley 14/94 habría que señalar los siguientes sectores como excluidos de los ámbitos de actuación de las ETT:

- * Transportes, ferroviario, marítimo, aéreo y terrestre de viajeros.
- * Minería, explotación interna y extracción.
- * Administración Pública, debido a la especial naturaleza del contrato.
- * Puertos, pesca y marina mercante.
- * Sector Agropecuario.

Asimismo, para evitar actuaciones fraudulentas, habría que establecer reglas prohibitivas acerca de que el contrato de puesta a disposición no pueda utilizarse en el caso de aquellas empresas usuarias que en el año anterior a la celebración del contrato hayan amortizado o extinguido puestos de trabajo en los mismos grupos profesionales o en los mismos departamentos o unidades productivas.

Sobre estas medidas legislativas a que se refiere el propio Real Decreto 4/95 que desarrolla parcialmente la Ley de las ETT ha de tenerse en cuenta que para ofrecer más seriedad y solvencia económica y financiera que constituyen, no se pueda establecer mediante aval o póliza de seguros, sino mediante un verdadero depósito de cantidades efectivas de dinero, depósito éste sobre el cual tendrá prelación en cuanto a pago de acreedores los titulares de créditos laborales, que embarguen o traben el citado depósito.

Por último sobre las ETT se ha de señalar que en la línea de lo pactado los representantes legales de las empresas usuarias serán competentes para conocer el contenido y régimen aplicable a los contratados de ETT, especialmente lo concretado en el contrato de puesta a disposición y el contrato laboral del trabajador ETT.

También los trabajadores en misión, podrán formar parte de las secciones sindicales en las empresas usuarias y podrán asistir a las asambleas que se celebren en los centros de trabajo en la empresa usuaria, ejerciendo todos los derechos de participación que asiten a los trabajadores de la empresa usuaria.

Se reconocerá el derecho de adhesión a la huelga de los trabajadores de la empresa usuaria por parte de los que se hallen en misión.

Hay que tener en cuenta que muchas de estas propuestas al igual que otras relacionadas con los anteriores puntos pueden convertirse en reglas ya sin necesidad de que salga un reglamento o una modificación legislativa de los actuales textos de las ETT, a través de los convenios aplicables a las empresas usuarias, estos convenios pueden incorporar todas estas reglas y regular por tanto las condiciones en que la empresa usuaria puede celebrar un contrato de puesta a disposición con la ETT, así como regular las condiciones que necesariamente debe incorporar el contrato mercantil de puesta a disposición entre la ETT y la usuaria.

El hecho de que este contrato sea mercantil y no laboral no implica que no sea lícito introducir reglas con incidencia laboral, puesto que también introducen reglas de subrogación empresarial o de condiciones de trabajo en muchos pliegos de condiciones administrativas para la limpieza pública o actividades de servicios públicos.

1.16 Importancia del fomento de empleo indefinido a través de la nueva figura y de la conversión de temporales en nuevos fijos por tiempo indefinido dado la vigencia limitada de cuatro años de estas medidas legislativas pactadas

Una primera aclaración que debe realizarse, consiste en establecer rotundamente que la figura contractual de fomento de empleo indefinido o estable cuya posibilidad legal en principio tiene una duración limitada de cuatro años, no quiere decir que estos contratos que se celebren durante estos cuatro años, tengan esta duración temporal.

Este reproche de carácter temporal del contrato nuevo diseñado por el Acuerdo realizado por quienes apriorísticamente se oponen a él, carece del mas mínimo fundamento. La medida legislativa dura cuatro años con la finalidad de experimentar sus efectos, ahora bien el contrato es indefinido y por lo tanto está llamado a durar lo que previsiblemente debería durar un contrato por tiempo indeterminado, toda la vida laboral, 10 años, 14 años, etc.

La única peculiaridad que se incorpora a estos contratos es la ya conocida por todos consistente en que para el caso de un despido improcedente basado en causa objetiva y no en una conducta disciplinaria del trabajador es decir, los del art. 52 y no los del art. 54, 55 y 56 es la reducción de la indemnización a 33 días por año en vez de 45 días por año.

El colectivo al cual va dirigido, es el de trabajadores desempleados en los que concurran las siguientes condiciones: jóvenes de 18 años hasta 29 años de edad ambos inclusive, parados de larga duración que lleven al menos un año inscritos como demandantes de empleo, mayores de 45 años de edad o minusválidos.

El otro colectivo es el de trabajadores que en la fecha de celebración de empleo indefinido estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinado o temporal incluidos los formativos, existente este contrato temporal en la fecha de entrada en vigor de esta disposición o que se suscriba hasta transcurrido un año desde la misma.

Transcurrido dicho plazo de un año la conversión de contratos temporales en el contrato para el fomento de la contratación indefinida se articulará sólo a través de la negociación colectiva.

1.17 En materia de tiempo de trabajo y empleo

Hay que tener en cuenta que ni la AIEE ni el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva felizmente se introduce las cláusulas clásicas sobre las denominadas horas extraordinarias estructurales que se incorporaron a los acuerdos interconfederales y que han servido para dar cobertura formal y legal para un gran abuso en la realización de horas extraordinarias.

Así es clásico todavía en muchos convenios incorporar contenidos del siguiente tenor:

“En el supuesto de no ser previsibles y sustituibles por empleo se acuerda el mantenimiento de las horas extraordinarias correspondientes a los siguientes supuestos: Las necesarias por pedidos o periodos punta de producción, cuando estos son imprevisibles o su no realización produzca graves pérdidas materiales o de clientes y ello sea evidente por:

- * Ausencias imprevistas
- * Puestas en marcha y/o paradas.
- * Cambios de turno.
- * Mantenimiento

cuando proceda la utilización de las distintas modalidades de contratación temporal o parcial previstas en la Ley, y su no realización la pérdida o el deterioro de la producción, y en el supuesto de que su no realización suponga la imposibilidad de reparar averías o garantizar la debida puesta en marcha de la producción”.

Frente a este tipo de cláusulas y otras como prolongaciones de jornada con la percepción de pluses correspondientes que esconden una prolongación real de jornada, sería importante que tal y como se establece en el Acuerdo de Gobierno en función de lo previsto en el art. 35.2 aptdo 3 del Estatuto de los Trabajadores supri-

ma o reduzca el número de horas extraordinarias máximo con carácter general y simultáneamente exija a la Inspección de Trabajo que en todas y cada una de las visitas que realicen a las empresas la exigencia de que se les acredite el cumplimiento del informe mensual que el empresario debe realizar a los representantes de los trabajadores de las horas extraordinarias que realicen estos cualquiera que sea su forma de compensación y verifique por tanto la entrega de la copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del art. 35 del ET en los términos que ordena la Disposición Adicional Tercera b) del Real Decreto 1561/95 de Jornadas Especiales. Es decir que se acredite que junto con la nómina mensual se entregue el resumen correspondiente de las horas extraordinarias trabajadas por un trabajador durante ese periodo y que este resumen se entregue a los representantes legales de los trabajadores como medio de control de la realización de las horas, como ordena la Disposición del Decreto antes citado.

1.18 Acuerdo interconfederal sobre negociación colectiva

Este acuerdo tiene naturaleza obligacional puesto que vincula sólo los afirmantes y no eficacia normativa inmediata, es un verdadero convenio para convenir. Sirve como estimulante para que a través del convenio colectivo sectorial estatal fundamentalmente se entren a regular materias tan importantes como las contempladas en el Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos, Estructura Profesional, Promoción de los Trabajadores, Estructura Salarial y Régimen Disciplinario, así como otras materias como la contratación laboral del sector y su importancia ya comentada acerca de los contratos de obra o servicio y eventual y su conversión en fijos. La jornada remitiendo la distribución irregular de jornada y la negociación del calendario por supuesto a ámbitos inferiores al sectorial estatal como pueda ser la empresa y así como el establecimiento en estos convenios sectoriales estatales de unos derechos sindicales y régimen de información y consulta como los enumerados en el apartado 7 que en gran parte coinciden con lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores pero que es conveniente desarrollarlos e incorporarlos al texto de convenios colectivos sectoriales estatales.

Quizá en el listado falta el derecho de consulta previa del calendario laboral reconocido en el Real Decreto de Jornadas Especiales mencionado en el punto anterior, Disposición Adicional Tercera a).

Asimismo es muy importante que cada una de las partes firmantes realicen balances acerca del grado de aplicación del convenio colectivo sectorial estatal.

Es muy relevante en este convenio lo relacionado con los compromisos que las partes CEOE, CEPYME, CC.OO. Y UGT adoptan en relación con criterios generales del procedimiento negociador.

Estos compromisos consisten básicamente en facilitar y estimular la negociación de los convenios correspondientes por parte de las federaciones o asociaciones empresariales respectivas, así como un compromiso de influir en la formulación de

propuestas y alternativas y establecer cauces para evitar bloqueos y rupturas en estos procesos de negociación, hasta el punto de poder establecer, extremo este muy importante, que hay que tener en cuenta, periodos máximos de paralización de la situación o bloqueo o ruptura y a cuyo término las partes se sometería a solución de conciliación y arbitraje de conformidad con el ASEC.

Es también muy importante tener presente el calendario operativo ya que las organizaciones que firman el Acuerdo Interconfederal a través de la Comisión Mixta que el propio Acuerdo establece y que se configura como órgano llamado a colaborar con la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, se comprometen a mediar entre las organizaciones, federaciones o asociaciones empresariales que estén en proceso de negociación colectiva estancada, hasta el punto de comprometerse a asesorar si fuera preciso en la elaboración de los criterios correspondientes.

Hay que tener en cuenta que las organizaciones sectoriales representativas o federaciones y asociaciones empresariales gozan de autonomía a la hora de iniciar el proceso de negociación correspondiente y por lo tanto las confederaciones que forman el Acuerdo Interconfederal una vez iniciado es cuando intervienen. Facilitando el resultado del mismo, que debe ajustarse en la medida de lo posible a las materias y criterios que se establecen en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva, en cuanto a materias y contenidos que deben incorporarse a los convenios colectivos sectoriales estatales o en su caso a los de ámbito inferior.

1.19 Acuerdo sobre cobertura de vacíos

Su naturaleza a diferencia del anterior es de un verdadero convenio colectivo si bien una singularidad y especialidad importante semejante a la propia de los laudos que han sustituido a las Ordenanzas Laborales mediante el procedimiento previsto en la Disposición Transitoria Sexta del Estatuto de los Trabajadores. Es decir, vigencia provisional de duración limitada a los sectores que se enumeran en el anexo y a que el contenido de este Acuerdo no resulte modificado o sustituido por lo previsto en un convenio colectivo posterior, sea del ámbito que sea.

Asimismo, se ha de tener en cuenta que el contenido de este Acuerdo de Cobertura de Vacíos no puede afectar a lo dispuesto en los acuerdos o convenios colectivos vigentes, por lo tanto la regla de prohibición de concurrencia (salvo pacto en contrario en alguno de los acuerdos previstos en el art. 83.2, es decir Acuerdos sobre Materias Concretas o Acuerdos Interprofesionales o Convenios Sectoriales suscritos por organizaciones sindicales y empresariales mas representativas) no afecta a este convenio subgeneris que *tiene jerarquía inferior en definitiva a la de cualquier otro convenio que contemple o regule algunos de sus contenidos.*

El Acuerdo tiene como duración cinco años y entra en vigor el 1 de Enero de 1998 y de aquí hasta esa fecha se establece que las partes legitimadas según los art. 87 y 88 es decir sindicatos y asociaciones empresariales mas representativos tienen

este plazo para establecer acuerdos sobre las materias contempladas en este acuerdo sobre cobertura de vacíos.

Queda claro por tanto el carácter subsidiario y subordinado de este acuerdo a lo que pacten las organizaciones de aquí hasta el 31 de Diciembre de 1997 o lo que hayan pactado antes o incluso lo que puedan pactar con posterioridad al 1 de Enero de 1998.

Hay que tener en cuenta que de aquí hasta el 31 de Diciembre de 1997 las organizaciones firmantes se comprometen a fomentar la negociación de las materias contempladas en el Acuerdo sobre cobertura de vacíos, dentro lógicamente de su ámbito funcional o sectorial.

Las materias contempladas en el Acuerdo de Cobertura de Vacíos son las clásicas contempladas en los laudos de sustitución de Ordenanzas y que fueron señaladas por la Comisión nacional de Convenios Colectivos, estructura salarial, promoción de los trabajadores, régimen disciplinario...

Se ha de tener en cuenta que las confederaciones firmantes del Acuerdo asumen también la responsabilidad y el compromiso de estimular la negociación colectiva en los ámbitos correspondientes y por parte de las organizaciones sectoriales o federaciones para que transcurridos los cinco años de vigencia de este Acuerdo no resulte necesario deliberar sobre un nuevo instrumento de cobertura de vacíos porque tales vacíos en los sectores que enumera el Acuerdo y sobre las materias referidas hayan sido cubiertos ya por la negociación colectiva y por los convenios.

Asimismo en el acuerdo se incorpora que las organizaciones firmantes si transcurrido los cinco años persisten los vacíos de cobertura están comprometidas a cubrir éstos en las instancias oportunas mediante la extensión de convenios.

En el Acuerdo se establece un sistema de clasificación profesional sobre grupos y áreas funcionales con la finalidad de delimitar cual es el contenido de la prestación exigible a cada empleado adscrito a un determinado grupo y su correspondiente área.

Ha de tenerse en cuenta que en materia de movilidad funcional si la movilidad se produce dentro del grupo y área funcional ésta tiene como límite la idoneidad y amplitud necesaria para el desempeño de las tareas que se encomienden al trabajador en cada puesto de trabajo, previa realización, si ello fuera necesario, de procesos simples de formación y adaptación.

Asimismo, hay que tener en cuenta que el propio Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos establece la posibilidad o conveniencia de que por convenios colecti-

vos se establezcan las denominadas precisiones sobre la movilidad funcional su alcance y sus límites regulando instrumentos de información y consulta, e incluso estableciendo un procedimiento para resolver la discrepancia sobre cada caso concreto que pueda surgir que debe coincidir con lo establecido en el ASEC.

En consecuencia es fundamental que en toda clase de convenios colectivos subsidiariamente en los denominados Acuerdos de empresa se establezcan procedimientos de información, consulta y negociación colectiva para aquellos casos en los que el alcance de la movilidad funcional o facultad organizativa del empresario sea discutible.

Hay que tener en cuenta que la propia ley vigente llama y convoca a la negociación colectiva, entre otros puntos en los siguientes: en la implantación del sistema de clasificación profesional, o si está implantada en el convenio colectivo debe negociarse posteriormente en un acuerdo específico la adscripción individual y concreta de cada empleado a un grupo o área funcional (art. 22.1 del ET).

Igualmente debería ser objeto de negociación el cambio de funciones que habitualmente son desempeñadas por un trabajador y la duración temporal o límite de este cambio de funciones, vinculando a concretas necesidades organizativas que sean perentorias o inaplazables.

Igualmente debe ser objeto de negociación los criterios de ascensos, puesto que la propia Ley llama y convoca a la negociación colectiva sobre este extremo en el art. 24.1. Sobre este aspecto hay que tener muy presente que el desempeño de funciones durante un periodo de tiempo significativo de un grupo o categoría profesional superior, da derecho a la diferencia retributiva, pero es conveniente pactar que este desempeño prolongado durante algún tiempo implique la reclasificación automática o consolidación del grupo o categoría cuyas funciones se vienen desempeñando de manera efectiva.

De no establecer esta regla clara y concreta el trabajador que realice estas funciones de grupo o categoría superior, tendría que demandar la cobertura de la vacante y este tipo de demanda aparte de su propia problemática exige que existan reglas concretas y en muchísimos convenios no las hay, en torno a existencia o inexistencia de vacantes y procedimiento para su cobertura.

Otra materia importante es la distribución irregular de la jornada, calendario u horario laboral que debe ser negociación fundamental en la empresa mediante convenio o pacto y a cuya negociación la propia Ley llama y convoca en el art. 34.2. Lo mismo ocurre con los permisos en su caso retribuidos y la adaptación de la jornada del trabajador a las exigencias de su promoción profesional como sería asistencia a cursos y exámenes (art. 23.1 y 23.2).

De otra parte se ha de tener presente que el propio Acuerdo de Cobertura de Vacíos no otorga ningún derecho pero si establece que deben reconocerse los complementos económicos que a continuación se enumerarán siempre que individualmente se hayan disfrutado de ellos (condición más beneficiosa individual) o se hayan obtenido en virtud de decisión unilateral colectiva del empresario (condición más beneficiosa colectiva) convenio o pacto. Estos complementos son el de antigüedad o de promoción económica, tóxicos, penosos o peligrosos, nocturnidad, turnicidad, etc., como se sabe estos complementos desaparecieron en cuanto a su regulación legal por la Reforma de 1994, y para el mantenimiento de los mismos es imprescindible que se regulen vía convenio o subsidiariamente vía convenio de empresa, pues si no es así desaparecen y no se cobran, salvo aquellos que a título individual o colectivo lo mantenga por haberlo disfrutado antes.

Es fundamental, que el convenio establezca la necesidad de acudir a un informe pericial de los gabinetes dependientes de la autoridad laboral para establecer si unas tareas o unos concretos puestos de trabajo resultan penosos, peligrosos o tóxicos o reúnen unas circunstancias en cuanto a la manera en que se trabaja y condiciones en que se presta el servicio que merecen un tratamiento singularizado que en este caso debe ser, no sólo la implantación de equipos de protección para trabajadores en su caso, sino también el cobro de estos complementos económicos.

Una circunstancia olvidada muchas veces, es la posibilidad de que el trabajador cuando firme su nómina solicite la presencia de un miembro del Comité de Empresa o delegado de Personal que está establecida en el Acuerdo de Cobertura de Vacíos.

El propio Acuerdo, como ya se ha señalado, remite los complementos económicos o salariales a los convenios colectivos o acuerdos de empresa, y es importante no descalificar ni reducir la importancia que en bastantes ocasiones tiene las regulaciones incorporadas no a convenios colectivos sino a acuerdos informales de empresa, donde es muy frecuente que se acuerden complementos económicos para incapacidad temporal, invalidez, indemnizaciones económicas a tanto alzado para los casos de accidente de trabajo, muerte o invalidez total o absoluta, incluso es frecuente que a través de estos pactos se hayan establecido complementos de pensiones.

Es muy importante, cuidar la adecuada redacción de estos acuerdos o pactos, puesto que existe una reciente línea jurisprudencial que revaloriza la importancia de letra contenida en la póliza del seguro colectivo, si la letra del acuerdo o convenio colectivo no establece con claridad los requisitos para acceder a las prestaciones complementarias de invalidez, muerte, etc., establecidas en estos convenios colectivos.

Por último, hay que tener en cuenta que los pactos de empresa no pueden, ni siquiera los convenios colectivos, cambiar la naturaleza salarial de algunas prestaciones económicas y convertirlas en conceptos extrasalariales, que no cotizan a la Seguridad

Social, como pluses de transportes o dietas, siempre que se pueda establecer un fraude de ley por eludir la cotización a la Seguridad Social y por lo tanto una vulneración del art. 109.2 de la Ley General de la Seguridad Social en su versión actual de 1997 (STS 23 de Octubre de 1992, R.J. 8489 y TSJ Baleares 5 de Julio de 1996 R.A. 2540).

II. INTERPRETACIÓN DEL NUEVO ART. 52 C) DE ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Texto del artículo 52 c) según el acuerdo para la estabilidad del empleo suscrito por CC.OO. y U.G.T. con CEOE y CEPYME.

Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por las causas contempladas en el art. 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos.

Para poder entender el origen del 52 c) vigente, hay que conocer y saber cual es el origen del 51.1 que todavía sigue vigente para los despidos colectivos y que no coincide con la denominada enmienda socialista en el Congreso de Diputados sino que tiene su origen en una enmienda del Grupo Socialista en el Senado.

El literal de este 51.1, vigente todavía al no afectarle la modificación, como de la propia enmienda socialista del Senado, es el siguiente: “se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medias propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”.

Una primera diferencia sustancial entre el texto de la enmienda del Grupo Socialista del Congreso de los Diputados que felizmente fue ratificada en el Senado y el vigente texto del art. 52 c), consiste en que en relación con las causas técnicas, organizativas o de producción, la medida propuesta según aquella enmienda debe “*contribuir a mejorar la situación de la empresa*. Según el vigente texto del art. 52 c) la medida extintiva que ha de acreditar el empresario en causa técnica, organizativa o de producción, está encaminada a *superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa*”.

Es fundamental la interpretación literal de cualquier precepto jurídico o de cualquier cláusula pactada en convenio colectivo como deben saber todos los Graduados, Abogados o cualquier experto en materia de derecho laboral e incluso cualquier ciudadano.

El contenido literal es trascendental para realizar una interpretación correcta puesto que el cambio de una palabra o de dos puede implicar que una frase tenga un sentido determinado o radicalmente el contrario.

Pues bien, desde el punto de vista gramatical, superar no es lo mismo que mejorar, ya que superar quiere decir vencer, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua; en tanto que mejorar no equivale a vencer sino a mantenerse en la misma situación y aliviar por tanto los obstáculos, problemas o dificultades existentes sin superarlos o sin vencerlos.

La diferencia gramatical y literal entre mejorar y vencer es de por sí, suficiente como para descalificar completamente toda interpretación que trate de identificar que el origen y contenido del nuevo artículo 52 c) coincide con la del Grupo Socialista del Congreso de los Diputados al art. 51.1 en el debate parlamentario de la reforma de 1994. Por el contrario, este contenido del 52 c) tiene una extraordinaria similitud o semejanza con la enmienda del Grupo Socialista del Senado que dio origen al actual 51.1 y en donde junto con el término superar se habla de que la decisión extintiva debe estar encaminada a garantizar la viabilidad de la empresa.

Lo que se hace con la nueva redacción del 52 c) es trasplantar la exigencia de superación de situaciones que se refiere para las causas económicas, a las causas técnicas, organizativas o de producción en donde se incorpora la exigencia de superar no de mejorar y en vez de situaciones se habla de dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa.

Hay que tener en cuenta, que la doctrina académica (Jose Manuel López Gómez, Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad de Sevilla, en la obra de Jesús Cruz Villalón coordinador “Los despidos por causas económicas y empresariales” Editorial Tecnos, Madrid 1995 y Aurelio Desdentado Bonete Magistrado de la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo en “Problemas de enjuiciamiento del despido colectivo y del despido objetivo” Editorial Consejo General del Poder Judicial, en cursos de formación de jueces) se afirma con carácter general: “el nuevo precepto contrasta con la regulación de estas causas en la movilidad geográfica art. 40.1 y en las modificaciones de las condiciones de trabajo (art. 41.1)” puesto que en el 41 y en 40 se habla de mejorar en tanto que en el 51 se habla de superar. Aurelio Desdentado señala literalmente: “las medidas extintivas se contemplan además desde la perspectiva optimista desde la superación de una situación de crisis superar significa, según el Diccionario de la Real Academia,, “vencer obstáculos o dificultades”.

Pues bien esta distinción entre mejorar y superar que es la clave para garantizar una adecuada defensa de los intereses de los trabajadores en esta clase de despidos y para diferenciar este supuesto de los contemplados en los arts. 40 y 41 en donde la discrecionalidad o el poder del empresario en relación con traslado y modificación de condiciones es superior, se mantiene e incluso sale reforzado con la nueva letra del

52 c), puesto que la finalidad o elemento determinante de la concurrencia y procedencia, por tanto, de la causa objetiva, técnica, organizativa y productiva no es la mejora de la competitividad de la empresa ni la mejora de su situación en relación a las exigencias de la demanda, sino que es la superación de dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa. Es decir, se exige, dicho sea llanamente, que la empresa tenga un problema que afecte al número de plantilla o de trabajadores y que con la extinción del contrato de trabajo, racionalmente y necesariamente se supere esta dificultad o problema impeditivo del buen funcionamiento de la empresa.

No es cierto por tanto, que con la nueva regulación el despido sea más flexible o más fácil y por lo tanto no es cierto tampoco que sea la mera conveniencia de la competitividad de la empresa la causa justificativa del despido, sino que ha de ser la concurrencia de una causa (en el nuevo 52 c) se sigue diciendo “necesidad objetivamente acreditada de amortizar”, y se dice también “la empresa acreditará la decisión extintiva en causas) y la concurrencia como elemento causal, finalidad o propósito de la extinción la de superación de dificultades (se dice no para mejorar como fin o elemento causal de la extinción sino la superación de unas dificultades que deben ser probadas y que con la medida extintiva son vencidas en cuanto a obstáculos o dificultades).

Por si hubiera alguna duda sobre esta correcta interpretación sobre el nuevo 52 c) en virtud del cual el interés de los trabajadores en el mantenimiento del empleo no se subordina a la mera conveniencia o mejora de competitividad sino al mantenimiento del proyecto empresarial como fuente de empleo de todos los trabajadores, habría que recordar el contenido de importantes resoluciones judiciales que se dictaron al principio de la entrada en vigor de la reforma laboral y que las mismas prefiguraron en gran medida o anticiparon el contenido de la línea mayoritaria de las sentencias y resoluciones judiciales actualmente existentes en materia de despido por causa objetiva.

Así habría que recordar la importante sentencia de 28 de Septiembre de 1994 del Magistrado Sr. Bodas Martín del Juzgado de lo Social 31 de Madrid en autos 541/94 Sentencia nº 462/94.

Esta sentencia desestima la concurrencia de la causa económica y sin embargo declara la procedencia del despido por causa técnica, organizativa o productiva.

La relectura de la misma es muy importante para comprender que la nueva redacción dada por el acuerdo para la estabilidad en el empleo a las causas técnicas, organizativas o productivas no ha flexibilizado ni la letra del precepto ni la interpretación hasta ahora existente del precepto anterior al Decreto Ley antes citado.

En efecto, en esta sentencia se establece literalmente lo siguiente:

“Dicha tesis no puede compartirse en modo alguno, por cuanto la adecuación flexible de la gestión de los recursos humanos en la empresa,

tanto a la situación económica de la misma como a los cambios del mercado en el que opera, en la búsqueda de la adaptabilidad equilibrada de la empresa, pretendida por la Ley 11/1994, de 19 de Mayo, se enmarca en un objetivo muy claro, que se concreta en el apartado segundo de su exposición de motivos en los términos siguientes: “...y siempre con el objetivo de proteger el empleo existente y de fomentar la creación de empleo”.

Por todo ello, el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores admite que el contrato de trabajo podrá extinguirse, cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley, debiendo entenderse, que concurren las causas a que se refiere el artículo antedicho, cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a superar, debiendo considerarse la palabra contribuir, a tenor con la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, como “ayudar y concurrir con otros al logro de un fin” y asimilarse el término superar, según la misma fuente, a “vencer” una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar, esto es, “asegurar y proteger contra algún riesgo o una necesidad”, la viabilidad futura de la empresa y el empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, clarificándose, que la voluntad del legislador no es autorizar sin más cualquier extinción de contratos de trabajo, sea individual o colectiva, por el mero hecho de que la situación económica de la empresa sea negativa o por la disfunción técnica, organizativa o productiva de la misma, sino que es exigible además, que dicha medida contribuya a vencer la situación económica negativa de la empresa sea o, en su caso, garantice la viabilidad futura de la empresa y del empleo, dándose, de este modo, un salto cualitativo por el legislador español en relación con lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 75/129, modificada por la 92/56, por cuanto en las mismas se incluye, sin más precisiones, cualquier motivo no inherente a la persona del trabajador.

Avala esta tesis la simple comparación entre la caracterización de las causas extintivas, contemplada en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y la de los artículos 40 y 41 de la misma norma, que afectan a la movilidad geográfica y la modificación sustancial de puestos de trabajo, entendiéndose en estas últimas, que concurren las causas a las que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar, debiendo entenderse mejorar, según la fuente reiterada, como “ponerse en lugar o grado ventajoso respecto del que antes se tenía”, la situación de la empresa a través de una más adecuada organizaciónh de sus recursos, que favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, exigiéndose indistintamente, sea cual fuere la causa, que las medidas propuestas contribuyan a mejorar, mientras que en los supuestos de extinción se exige, que contribuyan a superar cuando esten fundadas en causas económicas y garanticen la viabilidad futura de la empresa y el futuro del empleo, en los demás supuestos lo que permite concluir, que en las moviidades geográficas o en las modificaciones sustanciales del contrato de traba-

jo la exigencia probatoria es de mínimos de razonabilidad, mientras que en los casos de extinción contractual se haría obligatorio un plus de razonabilidad en los términos expuestos.”

En esta misma línea Juan Carlos Arce Gómez letrado del Consejo General del Poder Judicial en un trabajo reciente sobre la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, (Relaciones Laborales nº 7 Abril 1997) señala lo siguiente: “Así pues la medida extintiva debe, en efecto, ayudar a superar la situación negativa, descartándose, por tanto aquellas extinciones que empeoren la situación o sena inocuas. Pero, además, la Ley usa el verbo superar y no usa muy significativamente el de mejorar. La distinción no es sólo un ejercicio de semántica, sino el dato revelador de que la medida extintiva cabe sólo cuando forma parte de una verdadera voluntad de reflatamiento de la empresa, no como una sola medida aislada que simplemente paliara o retrasara la crisis concreta. De hecho, la exposición de motivos de la Ley 11/94 señala que la finalidad de la reforma es proteger el empleo existente y fomentar la creación de nuevo empleo y no la de destruir el que existe por lo que, como advierte la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de Abril de 1995 no cabe interpretaciones amplia en una materia que supone por su propia naturaleza la pérdida de puestos de trabajo.

La necesidad objetiva de amortizar puestos de trabajo no puede entenderse más que con arreglo a su propia definición, esto es, resulta necesario lo que es imprescindible, no lo que es simplemente útil o conveniente.”

En esta misma línea de la sentencia citada y el autor mencionado, se pueden citar las sentencias de STSJ Cantabria de 5 de Diciembre de 1994, (A.S. 4861); Galicia 8 de Febrero de 1995 (A.S.584); País Vasco 4 de Abril de 1995 (A.S. 35); Cataluña 9 de Abril de 1996 (A.S. 1415); País Vasco 23 de Febrero de 1996 (A.S. 278); Valencia 7 de Junio de 1996 (A.S. 1784); Baleares 19 de Abril de 1996 (A.S. 1367).

En todas estas Sentencias se hace como ya se ha indicado especial incapié en que no existe una presunción “iuris tantum” a favor de la existencia de la causa invocada por la empresa hasta el punto de relevar a ésta o exonerarla de la carga de la prueba, sino que esta debe cubrir su carga probatoria no sólo demostrando que concurren algunas de las causas previstas justificadas del despido objetivo, sino además debe demostrar que las medidas adoptadas contribuyen a resolver o superar la situación planteada en la propia empresa.

En esta misma línea se pronuncia la muy importante sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1996 (A.S. 5162) que insiste en la constatación judicial de la conexión precisa entre el factor desencadenante de la crisis o de la causa justificativa y los despidos producidos y la incidencia que éstos tienen en cuanto a la marcha de la empresa y por lo tanto en la superación o resolución.”

Probablemente se mantenga la vigente polémica judicial no cerrada todavía sobre el alcance de la exigibilidad de una prueba de conexión entre la extinción o despido objetivo y la superación de la situación existente en la empresa de crisis o de dificultades para su pervivencia como elemento integrante de la carga procesal de la prueba que incumbe a la empresa en los pleitos de esta clase de despidos.

En mi opinión la nueva redacción de superación de dificultades impeditivas refuerza la exigencia de prueba empresarial sobre este extremo del debate procesal en esta clase de despidos puesto que ya no se trata de un proyecto de futuro de viabilidad de asegurar o garantizar como hasta ahora se exigía en el 51.1 para las causas técnicas organizativas o productivas, sino de una dificultad presente y real previa al despido que debe ser superada razonablemente mediante la extinción del contrato de trabajo. Por lo tanto, ahora la empresa debe probar hechos de presente las dificultades que impidan y no sólo presentar unos proyectos o bocetos de hechos o situaciones futuras la viabilidad de la empresa.

En consecuencia el control judicial sobre la pertinencia de las causas y la razonabilidad o adecuación de la medida extintiva para la superación de una situación de crisis aunque no sea irreversible y definitiva sino de dificultades concretas efectivas que impiden en la realidad el buen funcionamiento, se evidencia con la nueva redacción. De ahí por tanto que se mantiene el control judicial no sólo sobre la forma de esta clase de despido sino sobre el fondo (la causa que justifica la extinción y la finalidad de superación de la misma a través del propio despido o extinción).

Por su hubiera alguna duda en torno a que se mantiene este grado de control judicial, hay que tener en cuenta no sólo la literalidad del precepto y del acuerdo sino también la exposición de motivos del RD Ley y la propia exposición de motivos del Acuerdo para la estabilidad en el empleo, en ambos se establece literalmente que se ha introducido “una nueva redacción del art. 52 c) del ET respecto a las causas organizativas, tecnológicas o de producción vinculándolas a la superación de las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa por su posición competitiva o por exigencia de la demanda a través de una mejor organización de los recursos. Todo ello dentro del mantenimiento de la causalidad del despido y del control judicial impuesto por el vigente ordenamiento jurídico”.

Las propias Exposiciones de Motivos, por lo tanto, están señalando profundamente que la regulación del despido por causa económica sigue siendo la misma y que las únicas variaciones introducidas por el nuevo 52 c) se refieren a las causas técnicas, organizativas o productivas.

Como ya se ha dicho con anterioridad la clave jurídica en la distinción entre el 41 y el 51 para examinar el margen de discrecionalidad empresarial y la adecuada defensa jurídica de los intereses de los trabajadores, no esta en estas palabras o términos sino en que en el 41 se habla literalmente de mejorar la situación (contribuir a

mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda), en tanto que en el 51 y en el nuevo 52 c) se habla, como ya se ha dicho, de superación de dificultades que impidan o de situación económica negativa que es completamente distinto que mejora.

Por lo tanto, el transplante de estas palabras del 41 al 52 c) en la medida en que subsisten los términos, superación de situaciones o de dificultades impeditivas, no amplían la discrecionalidad empresarial ni debilita la defensa sindical y jurídica de los intereses de los trabajadores.

De otra parte hay que señalar el alcance del término gramatical “competitividad de la empresa” como interés jurídico protegido y aclarar si este interés jurídico es privativo o exclusivo del empresario o si este interés jurídico protegido pertenece también a la esfera jurídica de los trabajadores dadas las condiciones y términos que se formula en la ley laboral.

Según la Exposición de Motivos de la Ley 11/94, garantizar los elementos básicos de competitividad de una empresa se equipara a la finalidad de mantener en el futuro la pervivencia de la empresa en cuanto fuente de empleo de trabajadores asalariados. Por ello se afirma literalmente lo siguiente: “Se trata, en definitiva, de garantizar los elementos básicos de competitividad de una empresa, haciendo posible que las decisiones necesarias, adoptadas con sometimiento a procedimientos legales puedan llevarse a cabo con la finalidad precisamente de mantener en el futuro la pervivencia de la empresa”.

En consecuencia, dados los términos en que se incorpora a la ley la competitividad de la empresa no se puede identificar exclusivamente con el interés lucrativo del empresario, sino también en gran medida con la viabilidad o pervivencia de la empresa en cuanto fuente de empleo y trabajo.

Tanto es así, que recientemente se ha dictado una sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 1997, Recurso 3755/96, dicha Sala del Tribunal Supremo equipara “competitividad” con “viabilidad” de la empresa. La resolución interpretada el art. 52. c) antiguo, anterior al acuerdo de estabilidad en el empleo y en su Fundamento de Derecho Tercero declara:

“... se debe hacer referencia al debate doctrinal relativo a si una descentralización productiva de la empresa a través de contratos tiene encaje de tal causa (organizativa) en todo caso o sólo cuando concurren determinadas circunstancias; la solución correcta es la última en el sentido de que únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización constituya una medida

racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial”.

En consecuencia y aparte de lo ya expuesto la sustitución del término viabilidad por competitividad no es desastre alguno para la defensa sindical y jurídica de los trabajadores.

En este sentido hay que tener presente la plena vigencia de la doctrina ya señalada tanto de los Tribunales superiores de justicia como la elaborada por bastante autores. La nueva redacción no cambia el contenido del precepto como para interpretar que no es aplicable toda esta elaboración doctrinal y de la propia jurisprudencia de suplicación. Por ello, debe destacarse que la decisión extintiva ha de ser necesaria, no bastando la simple conveniencia empresarial, por cuanto el art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores hoy vigente tras el Decreto Ley y el Acuerdo de estabilidad en el empleo utiliza la expresión inequívoca “cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo” no dejando lugar a dudas sobre la voluntad del legislador consistente en que no es causa suficiente para amortizar puestos de trabajo, la obtención de mayores beneficios, pues la finalidad de este despido no es la simple conveniencia económica de la empresa (Tribunal Superior de Justicia Navarra Sala de lo Social 21 de Diciembre de 1995 Ponente Sr. Cubero Romero nº 531/95 -Ref. Tribunal Superior de Justicia Relaciones Laborales 1410-Tomo II; pág. 52). En dicho sentido también de modo uniforme prácticamente la doctrina judicial, por todas, sentencias del Tribunal Superior de Justicia Castilla León-Burgos 8 de Febrero de 1995 (A.S. 549); Galicia 24 de Febrero de 1995 (A.S. 607); Asturias 28 de Abril de 1995 (A.S. 450).

Ha de tenerse en cuenta que incluso la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 1996 que tanta repercusión pública tuvo mantuvo la exigencia jurídica de que el Juez constatará, y por lo tanto se le acreditará, la existencia de una conexión entre el despido y la finalidad justificativa del mismo en cuanto a superación o resolución de dificultades o problemas estructurales y permanentes no meramente coyunturales y transitorios, para cuyo arreglo existe el mecanismo de la suspensión del contrato de trabajo previsto en el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores.

Con mayor claridad, la sentencia antes identificada del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1996 establece en la doctrina que debe insistirse, sigue plenamente vigente tras la nueva redacción literal de 52 c).

En ella se declara que son tres los elementos que integran la figura del despido objetivo.

El primero, lo refiere a la causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa... o en la eficiencia de la misma, con proyección posible en cuatro esferas “1) la esfera o ámbito de los medios o instru-

mentos de producción (causas técnicas); 2) la esfera o ámbito de sistemas y métodos de trabajo del personal (causas organizativas); 3) la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado (causas productivas); y 4) la esfera o ámbito de los resultados de explotación (causas económicas, en sentido restringido).

El segundo de los mencionados elementos, según declara la referida sentencia es la “amortización de unos o varios puestos de trabajo”. Al respecto precisa que “la medida de reducción de empleo adoptada ha de formar parte de un plan o proyecto de recuperación del equilibrio de la empresa, en el que la amortización de puestos de trabajo puede ir acompañada de otras medidas empresariales (financieras, de comercialización, de reducción de costes no laborales), encaminadas todas ellas al objetivo de compensar los desequilibrios producidos, superando la “situación negativa” o procurando “una más adecuada organización de los recursos”. Añade, por último, con relación a este segundo elemento, que “la amortización de puestos de trabajo se ha de concretar en el despido de extinción de los contratos de trabajo de aquel o de aquellos trabajadores a los que afecte el ajuste de producción o de factores productivos que se haya decidido”.

Finalmente, el tercer elemento que integra el supuesto del despido de que se trata lo hace consistir la citada sentencia “ en la adecuación o proporcionalidad de estos -se refiere a los despidos- para conseguir la superación de aquella -la situación desfavorable existente en la empresa-, en el marco del plan de recuperación del equilibrio empresarial expuesto por el empresario”. Conexión ésta que, teniendo en cuenta que “se proyecta sobre los hechos pasados y también sobre la situación actual y previsiones futuras de la empresa”, ha de ser apreciada en términos de “razonabilidad, de acuerdo con reglas de experiencia reconocida en la vida económica”.