

COMUNICACIÓN A LA PRIMERA PONENCIA

EL DERECHO DEL TRABAJO EN TIEMPOS DE CRISIS

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ
Catedrático EU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

EL DERECHO DEL TRABAJO EN TIEMPOS DE CRISIS

Cuando los fantasmas de la crisis sobrevuelan la sociedad y la recesión económica se materializa con consecuencias como las sufridas, el Derecho del Trabajo pasa a estar en boca de todos los sectores sociales, convirtiéndose, para mal o para bien, en uno de los centros de atención.

En coyunturas de crisis como la actual los procesos de reestructuración, o incluso de cierre, traen aparejados reajustes de todo tipo, vinculados, además de a la recomposición del tejido productivo causados por los cambios tecnológicos y organizativos, a la exigencia en materia socio laboral de una dura competitividad, reducción de plantillas, redistribución de trabajadores o, en general, al aumento del desempleo, que en esta ocasión ha resultado dramático por sus vertiginosos, profundos, insólitos y elevadísimos hasta lo intolerable niveles.

Por otra parte, el marco de crisis dificulta seriamente el acceso a un primer empleo y hace más difícil aún la reincorporación de una gran parte de los afectados al mercado activo de trabajo, con las consecuencias que ello supone a todos los niveles. Los datos, que no resulta necesario traer aquí por de sobra conocidos, hablan por sí solos; el paro estructural, la precariedad estática y dinámica y la temporalidad en el empleo como regla general en lugar de excepción crean una situación sumamente complicada y generan un panorama poco alentador.

La controversia sobre la recesión y las vías y políticas para salir de la misma deparó múltiples manifestaciones desde los más diversos ámbitos (políticos, académicos, empresariales, sindicales, medios de comunicación...) y reavivó el debate sobre la necesidad de una reforma laboral como coordinada básica, casi una panacea, que facilitaría la superación de la difícil situación de la economía.

En tal contexto, las reformas laborales parecen convertirse, pues así se vende desde distintos medios y sectores, en una de las grandes vías a través de la cual canalizar los intentos de lucha contra una situación frente a la cual, en realidad, la legislación del trabajo ciertamente poco puede hacer por sí misma. Y conviene señalarlo con claridad. Es muy difícil que las reformas laborales generen por sí mismas empleo y mucho menos (prácticamente imposible) que sean el mecanismo,

como tantas veces se pretende hacer creer, que impulse una nueva senda de recuperación y crecimiento.

La necesidad de introducir reformas flexibilizadoras en el Derecho del Trabajo se ha despertado de nuevo de su letargo temporal con la fuerte interrupción que la crisis ha supuesto de un largo período de bonanza económica, al punto de que no han faltado voces que han señalado la rigidez de nuestro sistema como una de las causas de la crisis, (a pesar de que algunos períodos de fuerte impulso económico han coincidido con momentos de gran intervencionismo en la materia), aunque también se han hecho notar sectores que, en una posición absolutamente opuesta, señalan a las elevadas dosis de flexibilidad de nuestro sistema como culpable de la situación.

Sin embargo, la flexibilización del mercado laboral no será suficiente si no se incentivan otras facetas como la inversión y el consumo. El resultado de las reformas llevadas a cabo dan buena prueba de ello, pues la sangría que sigue suponiendo el continuo aumento de las cifras de desempleo pone de manifiesto que la tan denostada por unos sectores y reclamada por otros flexibilidad no resulta eficaz por sí misma, más teniendo en cuenta la falta de crédito y financiación a la pequeña y mediana empresa, sector siempre erigido como el ámbito de mayor importancia en la generación de empleo, y claramente necesitado de financiación y tratamiento fiscal adecuados.

En cualquier caso, cabe insistir como, en un contexto como el actual, el hecho de haber atribuido a la reforma laboral articulada (primero) a través de la Ley 35/2010 las capacidades generadoras de empleo que se le suponían no puede, como ha sido posible comprobar con el paso del tiempo, sostenerse por sí mismo ante una realidad devastadora.

De la misma forma, actualmente el nuevo Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, comienza su andadura por un camino que se anuncia ya en su inicio marcado por una tendencia imparable en el aumento del desempleo.

Los procesos de creación y destrucción de empleo no nacen ni se desarrollan exclusivamente en el ámbito jurídico, sino en la propia economía y los diferentes factores y circunstancias que en los últimos años han influido sobre ella. Ahora bien, no menos cierto resulta que las disciplinas jurídicas, y más aún el Derecho del Trabajo,

deben adaptarse a una realidad social en constante evolución y cambio, haciendo frente a las realidades sociales, políticas o económicas que cada momento histórico depara.

Los remedios y medidas a aplicar deben ser de índole básica y predominantemente financiera y fiscal, de forma tal que, además de renovar (más bien recuperar) la confianza de los mercados, impulsen de nuevo la actividad empresarial, y ello en el marco de un nuevo modelo productivo, en cuya creación y desarrollo el Derecho del Trabajo debe estar plenamente implicado.

Aún así, la reforma del mercado de trabajo se presenta como una de las medidas a priori imprescindibles para ayudar a remontar la situación económica. Ahora bien, se insiste, no es la única, y si estas reformas no se aplican en un contexto económico, jurídico, social, político, fiscal, educativo y de formación adecuado, de poco o nada servirán.

En todo caso, y a pesar de lo señalado, cabe constatar como antes de la aprobación de la Ley 35/2010 las negociaciones para este cometido entre los interlocutores sociales se prolongaron excesivamente en el tiempo (más de dos años) sin llegar a los necesarios acuerdos, motivo por el cual la reforma acabó llevándose a cabo a través del cada vez más habitual --por desgracia-- sistema del Real Decreto, lo que no deja de ser una triste paradoja, pues se utilizó un método de urgencia (al menos supuestamente, pues la práctica demuestra lo contrario, ya que se está convirtiendo en la forma habitual de legislación) para aprobar una normativa que, a la hora de la verdad, llegó demasiado tarde.

El propio Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en su Exposición de Motivos, trataba especialmente de justificar la urgencia de su aprobación, pero con explicaciones parciales y poco convincentes. Prisas que supusieron, además, no pocos errores en el texto de la norma que posteriormente hubieron de ser subsanados en la Ley 35/2010. La norma aparecía plagada de reglas dispersas, dando la impresión de estar toda ella influenciada por la idea de la reestructuración, sin separarse demasiado, por otra parte, de sus antecedentes. El diagnóstico realizado para determinar las causas del elevado e imparable desempleo y de la precariedad resultaba cuando menos cuestionable, lo que, consecuentemente, vino a provocar que también lo fueran las soluciones que se pretendían aportar.

En líneas generales, la reforma no constituyó una alteración demasiado sustancial del modelo de relaciones laborales, al punto de haber sido calificada de milonga, inútil, inoportuna, ineficaz, ineficiente, desesperada, injusta, extemporánea, insuficiente, defectuosa, cosmética o peligrosa, entre otros apelativos. Es más, quizá por su propio alcance resultara un tanto exagerada su calificación como reforma del mercado de trabajo, aunque sí supuso, eso no se puede negar, un ajuste importante en instituciones de vital importancia, como la contratación o el despido.

Igualmente, se modificaron o retocaron instituciones de peso como las modalidades contractuales o la extinción del contrato por causas económicas, aligerando transitoriamente la carga soportada por las empresas frente a las indemnizaciones por despido (trasladando al Fondo de Garantía salarial parte de la responsabilidad en su abono), se flexibilizaron las reglas del descuelgue salarial y se dió entrada a los sindicatos más representativos o representativos en el sector para negociar traslados colectivos o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Además, se potenciaba la negociación colectiva en determinados ámbitos y el papel de las agencias privadas de colocación fue reforzado al tiempo que se permitió a las empresas de trabajo temporal acceder a la concertación de contratos en trabajos y tareas que hasta ese momento les estaban vetados. En fin, se establecieron también medidas de apoyo a la reducción de jornada y a la contratación de jóvenes y desempleados mediante un amplio paquete de bonificaciones.

La reforma, a pesar de todo, pareció limitarse a tratar aspectos parciales y, probablemente, demasiado concretos, que, aun cuando, tal y como se ha destacado, no son baladí, carecían de la suficiente ambición para llevar a cabo un verdadero y profundo cambio en nuestro sistema. Una vez más se dejó pasar la oportunidad de tomar medidas diferentes a las adoptadas y, sobre todo, más innovadoras, con el objetivo de garantizar una mayor estabilidad del trabajo que redundara en un empleo de mayor calidad en un entorno productivo diferente al actual. Estamos, por tanto, ante una nueva modificación legal no cerrada, que viene a constituir una fase más del eterno y continuo proceso de reformas en materia laboral.

Como suele ser habitual en estos casos, la Ley 35/2010 vino a modificar un buen número de normas. Así, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Procedimiento laboral, la Ley General de la Seguridad Social, la Ley de Infracciones y Sanciones en

el Orden Social, la Ley de Empresas de Trabajo Temporal o la Ley de Empleo se vieron afectadas en mayor o menor medida por su contenido.

Las reformas laborales iniciadas con la aprobación del RD Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, posteriormente plasmadas en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, han tenido su continuidad y complemento, con mayor o menor intensidad, en normas como el RD Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva; en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social ; en el RD Ley 10/2011, de 26 de 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; en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; o la nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

De nuevo tras la incapacidad de los interlocutores sociales para, salvo alguna excepción puntual como el acuerdo para la contención de los crecimientos salariales hasta 2014, consensuar una serie de pactos, aún de mínimos, sobre las necesidades y cambios precisos en nuestro mercado de trabajo y sistema de relaciones laborales, la consideración de insuficiencia de las medidas anteriormente aprobadas ha traído nuevamente un nuevo período de cambio y reformas de las instituciones laborales.

El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, a expensas de su tramitación final en el parlamento, se erige como la nueva referencia legislativa en la materia. Su nacimiento, rodeado de polémica y contestación desde el primer momento, no debe distraer del hecho de que se trata de una norma de gran trascendencia, compleja, relevante y que, sin duda, será polémica como pocas dado el fuerte calado de alguno de sus contenidos y la actual situación social, buena prueba de lo cual lo constituye la ya señalada contestación que ha sufrido desde un primer momento, pero también la acérrima defensa que de la misma llevan a cabo sus también numerosos partidarios.

No puede negarse el importante número de cuestiones relevantes para nuestro sistema de relaciones laborales que la norma aborda, por lo que la contestación social y sindical, la impugnación y contestación de las fuerzas políticas, las reclamaciones y

peticiones del ámbito empresarial o la legítima crítica de los investigadores, resulta del todo lógica y será intensa en los próximos meses.

Así, en una primera y forzosamente breve aproximación a algunas de las cuestiones más relevantes cabe destacar el apoyo a las PYMES, al considerar como este tipo de empresas tienen más dificultades a la hora de soportar las cargas laborales, por lo que se atiende a su dimensión para aligerar alguna de aquéllas (como importantes reducciones en las cuotas en los contratos para la formación y el aprendizaje, contratos de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores con posibilidad de incentivos y bonificaciones.....). La modernización en materia de trabajo a distancia y los cambios en materia de formación del trabajador, la colaboración en la búsqueda de empleo de las Empresas de Trabajo Temporal actuando como agencias privadas de colocación, los cambios en materia de contrato para la formación y el aprendizaje o la lucha contra el absentismo y el fraude, la desaparición del contrato indefinido de fomento del empleo y su sustitución por otro de apoyo a los emprendedores en empresas de menos de 50 trabajadores y con período de prueba de un año, la recuperación de la penalización del encadenamiento de contratos temporales o la desaparición del monopolio de organizaciones empresariales y sindicales más representativas en materia de formación resultan decididamente aspectos de indudable interés.

La flexibilidad interna vuelve a convertirse en uno de los aspectos relevantes de las reformas con, entre otros, cambios importantes como la desaparición de la categoría profesional, que provoca que el encuadramiento gire ahora sobre el grupo profesional, facilitando la movilidad ordinaria; la posibilidad de las empresas de disponer a falta de pacto de un porcentaje de jornada irregular del 5%; la alteración en las causas para la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo, que las hace más genéricas y se desvinculan de la finalidad exigida tradicionalmente; contemplándose en las segundas expresamente la modificación de la “cuantía salarial”, además de la reducción del plazo de preaviso de treinta a quince días o, en fin, la desaparición de la autorización administrativa, salvo fuera mayor, en las suspensiones del contrato y las reducciones de jornada por causas económicas.

En el ámbito de la negociación colectiva se admite ahora la revisión del convenio durante su vigencia a través de la comisión negociadora; se potencia, por otra parte, el descuelgue al ampliarlo a materias distintas del salario como tiempo de trabajo, remuneraciones, sistema de trabajo y rendimiento, funciones y mejoras

voluntarias, evitando el recurso a las modificaciones sustanciales; se otorga primacía al convenio de empresa, que será inatacable por los superiores en diferentes (y amplias) materias y se limita la ultraactividad a un plazo máximo de dos años.

El despido constituye, por supuesto, uno de los puntos siempre más delicados y susceptibles de confrontación en cualquier reforma, produciéndose en esta ocasión en materia de despido improcedente cambios de gran relevancia en los efectos económicos, indemnizaciones y salarios de tramitación, habida cuenta de que se suprimen, con carácter general, éstos últimos (que se mantienen únicamente en los supuestos de nulidad o en los casos en los cuales la empresa opte por la readmisión o sea el propio trabajador representante quien lo haga); se generaliza, por otro lado, la indemnización en caso de despido improcedente por extinción del contrato indefinido a 33 días por año trabajado con un máximo de 24 mensualidades para nuevos contratos, estableciéndose un doble módulo con diferentes cálculos indemnizatorios para contratos anteriores a 12 de febrero de 2012; o, en fin, se pretende la desaparición del denominado reconocimiento de improcedencia simultáneo al despido para permitir a la empresa defender su procedencia.

En cuanto al despido económico hace, la primera gran novedad a destacar es la desaparición de la autorización administrativa, centrándose ahora el procedimiento en la negociación y el plan social y exigiendo en empresas de más de cincuenta trabajadores un plan de recolocación. La referencia a la razonabilidad de la medida y a la acreditación de los resultados alegados desaparece, y se pretende dar una seguridad jurídica mayor al vincular la disminución persistente de los ingresos como situación económica negativa a las pérdidas continuadas que se extiendan a lo largo de tres trimestres consecutivos.

Por otra parte, la simplificación del proceso resulta evidente, en tanto la autoridad laboral actúa de manera coordinada con la Inspección de Trabajo y con el Servicio Público de Empleo, pero sin intervenir en la decisión final, encomendándose el control de los despidos a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional.

Al hilo de esta cuestión, y con objeto de facilitar el redimensionamiento de estructuras administrativas que en su momento crecieron excesivamente y ahora no resultan (ni parece que vayan a resultar en el futuro) sostenibles económicamente, se

reconoce la posibilidad de proceder a efectuar este tipo de despidos en el sector público en supuestos de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente.

En fin, cuando el despido objetivo no traiga como causa la económica, se exigirá a la empresa, en los supuestos de falta de adaptación del trabajador, que ésta haya dado con carácter previo la formación adecuada para poder proceder al mismo, eliminándose en los casos de extinción contractual por absentismo la referencia al 2,5% que vinculaba las faltas de asistencia del trabajador con el índice total existente en el centro de trabajo.

En este primer y forzosamente rápido acercamiento se da cuenta ya de la amplitud de las medidas de reforma y, aún cuando, a pesar de la intensidad y profundidad de los cambios operados, no se pueda hablar como algunos sectores destacan de la implantación de un nuevo modelo de relaciones laborales, sí cabe señalar la importancia de unas modificaciones sólo comparables hasta ahora en su alcance a las del año 1994.

Ahora bien, los cambios aparecen (al margen de posibles, aunque poco probables en profundidad, alteraciones en su tramitación parlamentaria), lógicamente, llenos de posibilidades interpretativas, por lo que no puede reducirse la norma en una primera observación, como parece que muchas voces quieren hacer ver, a una legislación que mera y simplemente pretende facilitar y abaratar el despido ni pensar en ella, como ocurre desde otros sectores, como la normativa que por sí misma vendrá a generar una creación de empleo masiva. Sus medidas, como se ha señalado, son de gran trascendencia en muchos casos y, a pesar de nacer en lo que parece un contexto imparable de crecimiento del desempleo, aumento al que incluso puede colaborar por sus contenidos en el corto plazo, parece que algunas de las iniciativas instauradas (especialmente en materia de descuelgue, negociación colectiva temporalidad encubierta, movilidad o abaratamiento del despido) tienen el objetivo de funcionar a partir del medio y largo plazo, favoreciendo la futura generación de empleo, pero con el más que evidente riesgo (a pesar de que en buena medida se pretenda reforzar la posición del trabajador) de poder afectar a la línea de equilibrio del actual modelo laboral, al desplazar ésta en buena medida hacia el terreno del interés del empleador.

El gran calado de la reforma implica que la norma no haya podido dejar aún todo perfectamente atado, y las incertidumbres en la aplicación de sus contenidos deberían intentar solucionarse en el trámite parlamentario de aprobación del texto, con

el objeto de aclarar puntos de duda o algo oscuros en su interpretación e integrar con mayor equilibrio algunos de los aspectos contenidos en el Real Decreto.

En cualquier caso, y haciendo referencia a las grandes reformas legislativas elaborados en los últimos años en el ámbito laboral y destacando su evidente necesidad, cabe señalar como la aceptación sin condiciones de las directrices emanadas desde órganos supranacionales (básicamente desde la Unión Europea y sus dirigentes) no parece el mejor sistema para legislar, pues ello significa que la política de reformas emprendida no sólo nace de las consideraciones internas, y aun cuando tal circunstancia pueda suponer ciertas ventajas (o más bien cierto respiro) para nuestra maltrecha economía, la legislación en materia laboral no puede estar sujeta a vaivenes, caprichos o mandatos sin la visión o el conocimiento adecuado de nuestro sistema de relaciones laborales. Una reforma laboral seria y profunda del mismo no puede establecerse únicamente con el objetivo de convertirse en un mecanismo de relajación para los mercados financieros, como un lavado de cara frente al exterior, pues su punto de partida estará viciado desde el primer momento, nacerá obsoleta, quedando sujeta por objetivos a corto plazo que, a la larga, se demostrarán absolutamente ineficaces.

Las medidas flexibilizadoras, aunque necesarias, no pueden conducir a una mayor precariedad en el empleo bajo axiomas como el de mucha flexibilidad frente a una menor seguridad, atacando una de las principales bases y finalidades de la disciplina laboral, que no es otra que la búsqueda de un, al menos, mínimo equilibrio entre las posiciones claramente desiguales de las partes de la relación de trabajo. No cabe olvidar como, desde sus inicios, la normativa del trabajo ha buscado soluciones en aras de ese equilibrio con objeto de establecer las mejores y más eficaces normas para quienes quedan bajo su manto en cuanto al establecimiento de un sistema adecuado de relaciones laborales en el que se protejan lo mejor posible las condiciones de trabajo, sin olvidar, por supuesto, que el trabajador se encuentra enmarcado en un muy concreto modelo económico.

Aunque el Derecho del Trabajo no puede permanecer ajeno a los cambios experimentados en los últimos tiempos, sino más bien, al contrario, debe integrarse y ser parte de los mismos, ello no puede suponer dejar todo a la necesidad y beneficio de unos intereses muy concretos y determinados, pues los logros obtenidos en la protección del trabajo y de la persona de quien lo desarrolla no pueden sufrir un severo retroceso al hilo de épocas de crisis y necesarios ajustes, por mucho que se

pretenda hacer ver y creer la necesidad de recortes en los derechos sociales y laborales y las condiciones de trabajo. Ideas como una flexibilidad casi absoluta, más trabajo o menos salario, entre otras cuestiones, constituyen premisas que no deben ser toleradas y que, en el fondo, forman parte de las muchas razones que han provocado la actual crisis a nivel internacional. Se pretende seguir resolviendo la crisis a través de la negación de responsabilidades de quienes las tienen y mediante la imposición de sus costes a los ciudadanos o lo que es lo mismo a los trabajadores y beneficiarios de prestaciones sociales.

Al trabajador se le pide cada vez más lealtad y vinculación, esfuerzo y sacrificio en aras de la continuidad de la empresa y del actual sistema productivo, pero no parece establecerse una contrapartida clara en respuesta a tal aportación. No sólo se trata de generar empleo, sino que este sea digno y de calidad, ni de crear un nuevo marco de relaciones laborales a cualquier precio, sino uno ajustado en la medida de lo posible a todos los intereses y a las partes que lo integran, con ánimo de activar una legislación que perdure en el tiempo, adaptable a las circunstancias concretas del momento y que no se convierta una vez más en un mero parche con fecha de caducidad. La disciplina laboral debe cambiar y adaptarse a las nuevas necesidades, pero no a costa de la pérdida de su identidad, trabajosamente ganada a lo largo de su aún breve, pero intensa existencia.