

LAS DEBILIDADES MATERIALES Y FORMALES DE LA REFORMA LABORAL EFECTUADA POR LA LEY 35/2010 EN MATERIAL DE CONTRATACIÓN

Comunicación presentada a las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social.

Manuel López Casquete de Prado, Licenciado en Derecho. Alumno de tercer ciclo.
Universidad de Córdoba.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.

II. DEBILIDADES MATERIALES DE LA REFORMA.

III. DEBILIDADES FORMALES DE LA REFORMA.

IV. CONCLUSIONES.

V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

Tal y como manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, en los últimos dos años se han perdido en nuestro país más de dos millones de puestos de trabajo y el desempleo ha crecido en casi dos millones y medio de personas, lo que ha duplicado la tasa de paro hasta acercarse al 20%. Un desempleo de esa magnitud constituye el primer problema para los ciudadanos y sus familias y supone un lastre inasumible a medio plazo para el desarrollo económico y para la vertebración social de nuestro país. Por tanto, el objetivo de esta reforma es recuperar la senda de la creación de empleo y reducir el desempleo. Para acometer esta importantísima tarea, entre otras medidas, reforma algunos aspectos de la institución central del Derecho del Trabajo: el contrato laboral. Dicha reforma va en línea, según continúa expresando la Exposición de Motivos, de favorecer la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción, bajo la consideración general de que dichos instrumentos constituyen una alternativa positiva frente a medidas de flexibilidad externa que implican un ajuste en el volumen de empleo.

El legislador, por tanto, formula una clara apuesta por la flexibilidad interna sobre la externa en el bien entendido de que ello será positivo en términos de creación de empleo, o al menos de mantenimiento de los ya existentes.

Sin embargo, la doctrina se ha manifestado de forma crítica frente al contenido de la reforma (en ese sentido, Camps Ruiz¹ y Blasco y Alegre²). Y es que las medidas adoptadas por la ley, ciertamente, incrementan la flexibilidad interna, pero son claramente más sustanciales en lo que se refiere a flexibilidad externa, llevando a una situación real de abaratamiento del coste del despido por vía de alegación de causas objetivas en el marco de los contratos de fomento de la contratación indefinida.

No es la única debilidad que encontramos en esta norma, aunque tal vez sea la principal. A estas incongruencias entre la Exposición de Motivos de la ley y el contenido de su articulado en materia de contratación nos referiremos en el análisis de las debilidades materiales de la norma.

Además de estas debilidades materiales, tomamos en consideración otras de técnica jurídica que hemos denominado *“formales”*; unas y otras serán objeto de revisión en este análisis que nos lleva inevitablemente a considerar esta ley como manifiestamente mejorable, por utilizar un eufemismo menos severo que el calificativo utilizado por Gárate Castro, quien la considera abiertamente como una norma *“canalla”*.³

¹ CAMPS RUIZ, L.M.: *“La Reforma de la Contratación Temporal en la Ley 35/2010”* en *“La Reforma Laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo”*, ALFONSO MELLADO, C.L. et al.

² BLASCO PELLICER, A. y ALEGRE NUENO, M.: *“La Reforma Laboral de 2010”*. Revista Jurídica Canaria nº 19/2010

³ GÁRATE CASTRO, J. *“La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”*. *Actualidad Laboral*, Nº 1/2011.

II. DEBILIDADES MATERIALES DE LA REFORMA.

1.- Reforma del contrato de fomento para la contratación indefinida.

El contrato de fomento de la contratación indefinida es considerado por el legislador como su gran apuesta para inducir a los empresarios a inclinarse por la contratación indefinida frente a la temporal, y de este modo incidir sobre la preocupante dualidad de nuestro mercado de trabajo. Esto, sin embargo, es más que discutible. Como afirma el catedrático Camps Ruiz, si el obstáculo más importante para la creación de empleo fuera realmente el coste del despido, las modalidades de contrato más utilizadas en los últimos años habrían sido las que conllevan un menor coste; sin embargo, el contrato de fomento del empleo, con baja indemnización, apenas ha incrementado su nivel de utilización durante la crisis, habiéndose concertado en menor medida que el ordinario. Por ese motivo insiste en que no considera que la reducción de las indemnizaciones por despido vaya a contribuir de forma clara a la creación de empleo.⁴

La reforma de esta figura contractual está recogida en el artículo 3 de la Ley. Concretamente, el artículo 3.5. de la reforma reduce los supuestos en que se prohíbe su uso por parte de los empleadores. Mientras que antes de la reforma se impedía su celebración cuando la empresa hubiera realizado en los seis meses anteriores extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas judicialmente improcedentes o hubiera procedido a un despido colectivo no acordado con los representantes sindicales, ahora se pide para igual efecto que dichas extinciones o despidos colectivos hayan afectado a contratos indefinidos ordinarios. Es decir, el empresario puede llevar a cabo despidos improcedentes de contratos de fomento del empleo sin que por ello se le impida recurrir nuevamente a esta modalidad de contrato.

Así mismo, antes de la reforma, esta prohibición estaba supeditada a que se tratase de cubrir con el contrato de fomento un puesto de trabajo en el mismo centro de trabajo y de la misma categoría o grupo profesional que el afectado por la extinción o despido. Tras la reforma, la prohibición se supedita a que el puesto que se pretenda cubrir sea el mismo afectado por la extinción o despido.

⁴ CAMPS RUIZ, L.M. Ibid.

La opinión que nos merecen estas modificaciones no puede ser positiva. Tradicionalmente, esta figura contractual ha servido al doble propósito de incentivar la contratación indefinida ofreciendo a los empleadores ciertos beneficios, a cambio de que dichos empleadores adoptasen prácticas laborales consideradas justas y oportunas por la legislación. En las dos modificaciones mencionadas vemos que, en el intento de incentivar el recurso a este tipo de contrato, el legislador ha rebajado su nivel de exigencia al empleador, prescribiendo criterios más laxos en lo que se refiere a buenas prácticas laborales por parte de los empresarios.

2.- Obligaciones de las Administraciones Públicas.

Una de las mayores incongruencias en lo que se refiere a aplicación de normativa laboral tiene que ver con el menor nivel de exigencia con que se trata a las Administraciones Públicas. Una de las reformas llevadas a cabo por esta ley es la limitación del contrato por obra o servicio a tres años (prorrogable por uno más si el convenio colectivo así lo determina). Según la redacción que pasa a tener la disposición adicional 15ª.2 del Estatuto de los Trabajadores, la duración máxima de los contratos por obra o servicio no es de aplicación a las Administraciones Públicas.

En esta misma línea, la reforma modifica el encadenamiento de contratos temporales a través de la nueva redacción del artículo 15.5 ET. Antes de la reforma, el encadenamiento de contratos temporales otorgaba al trabajador la condición de fijo cuando permanecía contratado en el período de treinta meses durante más de veinticuatro por la misma empresa para cubrir el mismo puesto de trabajo. Tras la reforma no se exige que se trate de la misma empresa, sino que también computan los contratos celebrados con distintas empresas del mismo grupo. Sin embargo, en lo que se refiere a los contratos celebrados con las AA.PP., aunque varias entidades de derecho público actúasen coordinadamente y bajo una única dirección, no se considerarían asimiladas al grupo de empresas de cara a que el trabajador pudiera adquirir la condición de fijo a consecuencia del encadenamiento de contratos temporales.

De todo ello cabe concluir que no sólo se está llevando a cabo una asimetría injusta en cuanto a la aplicación de la legislación laboral por parte de los distintos agentes, sino que se carga al sector privado con más exigencias de las que la propia Administración está dispuesta a asumir. Resulta chocante que no sean las Administraciones quienes

abanderen el propósito de mitigar la dualidad de nuestro mercado de trabajo y luchar contra el empleo precario, tal y como pregonan la Exposición de Motivos de la ley.

3.- Mayores posibilidades para la contratación temporal.

La Exposición de Motivos de la Ley hace referencia a las debilidades de nuestro sistema laboral, y afirma que dichas debilidades explican la elevada sensibilidad del empleo al ciclo económico, de modo que crece mucho en las fases expansivas pero se destruye con igual o mayor intensidad en las etapas de crisis. En línea con lo anterior, el legislador manifiesta que una de las debilidades más importantes tiene que ver con el significativo peso de los trabajadores con contrato temporal (en torno a un tercio del total de asalariados por cuenta ajena), que constituye una anomalía en el contexto europeo, y que ha derivado en una fuerte segmentación entre trabajadores fijos y temporales. De forma categórica, la Exposición de Motivos afirma que las reformas legislativas dirigidas a reducir la dualidad de nuestro mercado laboral constituyen el primer objetivo de la Ley.

A pesar de lo rotundo de esta declaración, la reforma tiende (art. 12) a facilitar el recurso a los contratos de formación y a ampliar los supuestos en que cabe celebrar este tipo de contrato. Por ejemplo, amplía el período posterior a la terminación de los estudios dentro del cual cabe la celebración del contrato de formación. Esta medida, orientada a combatir el elevado grado de desempleo que afecta a los jóvenes, choca con el objetivo de disminuir la precariedad en el empleo. Dicho con otras palabras, la reforma reduce la flexibilidad de entrada con el propósito de luchar contra la temporalidad, pero se acompaña a esas medidas de otras de signo contrario. El resultado, según Gárate Castro⁵, se traduce en un mayor desequilibrio para el trabajador, agravado por el hecho de que dicho desequilibrio se articula sobre piezas que traicionan principios jurídicos básicos o que traspasan las líneas rojas de lo admisible en estrictos términos jurídicos.

El más reciente retoque de la legislación laboral, el denominado *plan de choque* (Real Decreto-ley 1/2011 de 11 de febrero de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas) abunda en

⁵ Ib. idem.

la misma línea, ya que incluye un programa excepcional de empleo para jóvenes y personas en desempleo de larga duración en el cual se ofrece una reducción muy importante de las cuotas empresariales a la Seguridad Social ó que puede llegar al 100% para las empresas que creen nuevos puestos de trabajo a tiempo parcial.

Cabe preguntarse, por tanto, si las reformas apuntan efectivamente en la dirección de luchar contra la precariedad en el empleo y la dualidad de nuestro mercado de trabajo.

Las mismas conclusiones pueden ser predicadas en relación con las mayores posibilidades de celebración de contratos de puesta a disposición con Empresas de Trabajo Temporal (nueva redacción del art. 8.b) y nuevas disposiciones adicionales segunda y cuarta de la Ley 14/1994 de 1 de junio por la que se regulan las ETT) por vía de eliminación de las restricciones que hasta la fecha tenían las ETT para actuar en algunos sectores de actividad.

III. DEBILIDADES FORMALES DE LA REFORMA.

1.- Regulación del contrato de fomento de la contratación indefinida.

Ya hemos hecho alusión al contrato de fomento de la contratación indefinida. Entre las medidas que introduce la reforma para incentivar el recurso a esta figura contractual, el legislador incurre en vulneraciones abusivas de nuestra tradición de derecho laboral.

La gran novedad de la reforma en este ámbito estriba en que, si un trabajador contratado bajo esta modalidad es despedido por causas objetivas, aunque dicho despido sea considerado improcedente por el empresario o por los tribunales, se mantiene la reducción de la indemnización a percibir por el empleado si el empleador opta por no readmitirlo. Así pues, el empleador deberá indemnizar no con cuarenta y cinco días de salario por año de servicio y un máximo de cuarenta y dos mensualidades, sino con treinta y tres días de salario por año de servicio y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades (disposición adicional primera 4, párrafo primero, de la ley 12/2001).

Posiblemente se trate de la mayor debilidad técnica de esta reforma, ya que invita a que el empresario invoque, en fraude de ley, despido por causas objetivas, con

independencia de la causa real del despido. De este modo podrá afrontar el pago de una indemnización reducida (e incluso, en algunos casos, puede solicitar del Fondo de Garantía Salarial un resarcimiento equivalente a ocho días de servicio por año de trabajo, reduciendo aún más el coste del despido y llevándolo hasta los veinticinco días de salario por año de servicio).

Esta situación se agrava por el hecho de que la terminología utilizada por la reforma para que el empresario pueda aducir despido por causas objetivas ha sido calificada por la doctrina como ñnebulosaö⁶, ñdesconcertanteö⁷ y ñplagada de conceptos jurídicos indeterminadosö⁸. Un ejemplo de esta ñnebulosaö es que al empresario le basta con alegar una previsión de reducción de ingresos futuros, y que los despidos contribuyen a superar una situación económica negativa en la empresa. La vaguedad de los términos con los que se expresa la ley es manifiesta.

La Exposición de Motivos de la Ley proclama que desea dotar de mayor certeza tanto a trabajadores y a empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial, y que en este sentido se propone reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo, canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación.

Sin embargo, la realidad es que el legislador está eliminando la frontera entre despido por causas objetivas y despido disciplinario. Pero además está posibilitando que el empleador pague una indemnización reducida sólo por el hecho de aducir despido por causas objetivas, con independencia de la causa real del despido. En realidad estamos ante un abaratamiento encubierto del despido (en esta línea Mella Méndez)⁹ y una vía de fomento del fraude de ley, y no, como propone la ley, frente a una reducción de la

⁶ DE LA VILLA GIL, L. E.: La reforma laboral, intempestiva, transitoria, anodina, nebulosa. Una opinión a vista de pájaro sobre el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, RGDTSS, 2010, núm. 22, p. 5 (según impresión de www.iustel.com).

⁷ GONZÁLEZ BIEDMA, E.: Aspectos clave de la reforma laboral de 2010 (I), Revista Aranzadi Doctrinal, 2010, núm. 7, p. 3 (según impresión de Westlaw Aranzadi).

⁸ MELLA MÉNDEZ, L. ñLas Causas del Despido Económico en España tras la Reforma Laboral de 2010: algunas Reflexiones Críticasö. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 23/2011.

⁹ MELLA MÉNDEZ, L. Ibid.

carga económica que deben afrontar las empresas que extingan contratos por las dificultades derivadas de la crisis por la que atraviesen.

2.- Conversión del contrato temporal irregular en indefinido.

Cuando un empleador comete irregularidades en la contratación temporal, puede solventar la situación convirtiendo al empleado en indefinido con contrato de fomento. El momento de inicio de su contrato indefinido lo marcará la fecha de la conversión de su contrato, en lugar de conferirle la condición de indefinido desde el inicio del período temporal, tal y como dispone el artículo 15.3 del ET.

Es fácil pensar que, con mucha frecuencia, el trabajador no se atreverá a plantear reclamaciones judiciales que pongan en riesgo su puesto de trabajo. La consecuencia práctica de ello es que se provoca una situación de auténtica indefensión por parte del trabajador y se propicia la actuación en fraude de ley por parte del empleador. En palabras de Gárate Castro, se trata de una auténtica òcanalladaö¹⁰.

3.- Inclusión de medidas ajenas al mercado de trabajo.

La Ley de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo es un cajón de sastre que incluye en su articulado no sólo lo que su título indica, esto es, la reforma del mercado de trabajo, sino muchas otras cuestiones -algunas de ellas õpuro rellenoö, según Gárate Castro (ibid)- tales como la evaluación de la siniestralidad de los trabajadores cedidos por las ETT, la mejora de la protección social de los trabajadores transfronterizos de Andorra, la mejora de la gestión de la incapacidad temporal, el compromiso del gobierno en orden a la promoción de iniciativas relacionadas con la reforma de la negociación colectiva...

4.- Deslegalización de la edad máxima de acceso a los programas públicos de empleo-formación

En los programas públicos de empleo-formación (escuelas-taller, casas de oficios, etc.), la edad máxima de acceso se deslegaliza y remite a las disposiciones que los regulan (nueva redacción del art. 11.2 ET). Esta deslegalización reduce consecuentemente el grado de seguridad jurídica en un sector normativo ya de por sí demasiado disperso.

¹⁰ GÁRATE CASTRO, J. Ibid.

IV. CONCLUSIONES.

En consonancia con todo lo expuesto, podemos concluir que se trata de una ley injusta y técnicamente deficiente.

Es injusta porque desprotege al lado más débil de la relación contractual; y ello no sólo porque faculta a los empleadores a desarrollar un comportamiento laboral con criterios más laxos de cara a acceder al contrato de fomento de la contratación indefinida, sino también porque las propias AA.PP. reciben un tratamiento indignantemente más benévolo en la aplicación de preceptos cuyo objetivo es la protección de los trabajadores.

Además, en contra de los postulados de su Exposición de Motivos, la reforma no será útil para luchar contra la precariedad en el empleo, toda vez que facilita y amplía los supuestos de utilización de contratos de formación o de contratos de puesta a disposición de las ETT.

En cuanto a las cuestiones de técnica jurídica, las deficiencias de la norma están significando una invitación al fraude de ley en lo que se refiere a alegación de causas objetivas en el despido para que el empleador pueda beneficiarse de reducciones en el pago de las indemnizaciones. Este aspecto supone que el legislador se desentiende, a efectos prácticos, del motivo del despido como aspecto relevante para su regulación. Además está llevando a término un abaratamiento encubierto del coste del despido.

Otros aspectos de la ley también analizados apuntan a una norma con contenido heterogéneo, que incrementa la inseguridad jurídica y que, en algunos aspectos, lleva al trabajador a una clara situación de indefensión.

V. BIBLIOGRAFÍA.

BLASCO PELLICER, A. y ALEGRE NUENO, M (2010): "La Reforma Laboral de 2010". Revista Jurídica Canaria nº 19/2010

CAMPS RUIZ, L.M. (2010): "La Reforma de la Contratación Temporal en la Ley 35/2010" en "La Reforma Laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo", ALFONSO MELLADO, C.L. et al.

DE LA VILLA GIL, L. E. (2010): La reforma laboral, intempestiva, transitoria, anodina, nebulosa. Una opinión a vista de pájaro sobre el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, RGDTSS, 2010, núm. 22, p. 5 (según impresión de www.iustel.com).

GÁRATE CASTRO, J. (2011) "La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo". Actualidad Laboral, Nº 1/2011.

GONZÁLEZ BIEDMA, E. (2010): Aspectos clave de la reforma laboral de 2010 (I), Revista Aranzadi Doctrinal, 2010, núm. 7, p. 3 (según impresión de Westlaw Aranzadi).

MELLA MÉNDEZ, L. (2011): "Las Causas del Despido Económico en España tras la Reforma Laboral de 2010: algunas Reflexiones Críticas". Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 23/2011.