

Debate jurídico sobre la legislación laboral

# Las 'líneas rojas' de la reforma laboral

Cuatro reconocidos especialistas en Derecho del Trabajo analizan las medidas que deben ser respetadas en una revisión de la normativa vigente

XAVIER GIL PECHARROMÁN

**P**artidos políticos, sindicatos y empresarios coinciden en la necesidad de modificar o, incluso, derogar la reforma laboral de 2012 que introdujo el despido procedente como norma general con una indemnización menor de la existente hasta esos momentos y la eliminación de la autorización laboral de los despidos colectivos.

**Para analizar las 'líneas rojas', aquellas medidas que no se deberían tocar en una reforma legislativa, 'Iuris&Lex' ha conversado con el presidente del Consejo de Graduados Sociales, Javier San Martín, y con cuatro reconocidos abogados, especialistas en Derecho Laboral: Mar Alarcón, 'of counsel' de Ceca Magán y colaboradora habitual de esta revista jurídica; Alfredo Astra, socio de CMS Albiñana y Suárez de Lezo y miembro del Consejo de Redacción de 'Iuris&Lex'; Román Gil, socio de Sagardoy Abogados; e Ignacio Sampere, socio de DBO Abogados. Todos ellos desarrollan, además, una notable actividad como profesores universitarios en diversas instituciones públicas y privadas.**

"En los dos últimos años, en los que España está saliendo poco a poco de la situación de crisis profunda, este remonte del número de accidentes laborales indica que la situación del mercado de trabajo está cambiando y hay más dinamismo, además de la necesidad de luchar contra este tipo de sucesos. Este dato parte por supuesto del reconocimiento de los buenos resultados de las políticas autonómicas en materia de seguridad y salud en el trabajo, y de los esfuerzos de trabajadores y empresarios en cuanto a la mejora de las condiciones de salud laboral", señala Mar Alarcón.

## Equilibrio entre seguridad y flexibilidad

Añade Alarcón que "no debería cambiarse la tendencia hacia el equilibrio entre la seguridad y la flexibilidad necesaria para que las empresas puedan mantenerse en el mercado. Se debe seguir facilitando la adopción de las medidas necesarias para mantener el empleo en las empresas a través de la adopción de medidas de flexibilidad interna que preferentemente deben pactarse con los trabajadores".

Mientras, Javier San Martín entiende que se debe tener en cuenta al abordar una nueva reforma, que "tanto los sindicatos como la patronal parten de un error básico, que es pensar que el empleo se arregla a través de las normas y no de la economía. Es el mercado el que define el nivel de empleo y el ritmo con que se puede crear. Y si no se encuentra siempre queda la posibilidad del autoempleo".

No se puede ignorar la situación actual a la hora de revisar los *debes* y *haber*es de la reforma laboral en la actualidad. Así, el número de afiliados a la Seguridad Social ha crecido en España en torno a 950.000 entre 2014 y 2015. El paro ha bajado a final de 2015 al 20,9 por ciento, frente a un máximo del 26,9 por ciento en 2012, una cifra que cambia la tendencia de los últimos años, pero que aún es de las más elevadas de la Unión Europea.

Sobre el número de despidos colectivos se han ido reduciendo hasta en un 50 por ciento desde 2014. Y en cuanto a los accidentes de trabajo, en número absoluto en su incidencia -el número de accidentes por cada 100.000 trabajadores afiliados a la Seguridad social-, la tenden-



cia es ascendente desde 2014 -algo más del 1 por ciento- en todos los sectores.

Tampoco se puede ignorar que muchas de las medidas introducidas en la reforma han sido dulcificadas por los tribunales y que unas medidas han funcionado y han servido para salvar empresas y puestos de trabajo, mientras que otras no han tenido incidencia.

A este respecto, tercia Ignacio Sampere, que "la reforma laboral, a nivel de cada trabajador contratado con anterioridad a 2012, supuso indudablemente una minoración de sus derechos. Pero esta reforma, como lo fue la de 1994, debe ser analizada de forma colectiva y sobre su impacto en el mercado de trabajo. Así, se comprueba que era y sigue siendo un avance en la flexibilización del mercado de trabajo, una necesidad que demandaba la economía".

## Punto de partida

Al hablar sobre el actual marco jurídico, el socio de BDO abogados se muestra crítico. "El Estatuto de los Trabajadores es una norma de espaldas a la realidad de la economía, de las empresas y de la sociedad".

Así, cita como ejemplo que no existe ni un sólo artículo que mencione palabras como *informática*, *ordenador*, *Internet* o *teléfono móvil*. "Es decir, se nutre todavía de la organización del trabajo de los años ochenta cuando no habían irrumpido las nuevas tecnolo-

gías en el mundo de la empresa y de la sociedad. Además es una norma muy cobarde. No se regula el grupo de empresas en el ámbito laboral, que es una realidad de todos los lugares y sectores de la economía. La regulación de las vacaciones, algo consustancial al contrato de trabajo, ha teniendo que hacerla la jurisprudencia", concluye Sampere.

Por su parte, la *of counsel* de Ceca Magán considera que "sería muy conveniente poder constatar que efectivamente se estén ejecutando de manera eficaz las medidas de readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos, ya que, en la actualidad, de lo único de lo que hay constancia es de que la empresa en reestructuración presenta en el registro de las autoridades laborales las medidas sociales que deberá desarrollar la empresa de recolocación sobre los tra-

Tanto sindicatos como patronal parten del error de pensar que el empleo se arregla mediante normas y no con la economía

No debería cambiarse el equilibrio entre seguridad y flexibilidad para que las empresas continúen en el mercado

Es preciso apostar por una negociación más profesionalizada por los sindicatos para que se lleguen a alcanzar consensos

El legislador debe configurar con mayor seguridad las causas del despido colectivo a la vista de los criterios judiciales

bajadores despedidos; sin embargo, no se hace un seguimiento de aquellas que se implantan efectivamente y, lo más importante, del impacto que estas medidas han tenido en cuanto al acceso al empleo de los trabajadores despedidos”.

Además, Alfredo Aspra manifiesta, con respecto a los interlocutores sociales, que “es preciso apostar por una negociación más profesionalizada por los sindicatos para que sea posible abordar temas complicados y que se lleguen a consensos”.

### Facilidades al empresario

La reforma ha dado más facilidades al empresario a la hora de organizar el trabajo: le permite cambiar jornadas, turnos, funciones y hasta rebajar salarios. Para ello sólo es necesario invocar motivos económicos, como pérdida de competitividad o de productividad, cuando la empresa registre dos trimestres de caídas de ventas o ingresos, aunque no tenga pérdidas.

En otro orden de cosas, las prejubilaciones ahora salen más caras para las empresas cuando despiden a trabajadores prejubilados con más de 50 años. Además, se admitió que los contratados a tiempo parcial puedan realizar horas extraordinarias, tanto con contratos temporales como en los indefinidos y se reintegró el límite de dos años para el encadenamiento de contratos temporales, que había sido suspendido con carácter temporal.

Para Román Gil, estamos ante medidas que han permitido salvar empresas que estaban al borde del abismo. “Es la primera vez que se han buscado alternativas a los despidos. Se han pactado descuelgues, modificaciones de horarios y otras medidas distintas. El legislador debe configurar con mayor seguridad las causas del despido colectivo a la vista de los criterios judiciales establecidos”, señala el abogado.

El socio de CMS Albiñana y Suárez de Lezo considera que es preciso “aclarar la legislación para evitar que se pueda acudir a la externalización con el fin de reducir los derechos laborales de los trabajadores”. Aspra, no obstante, rechaza, como se ha propuesto desde algunos sectores, incluir en la obligación de que las subcontratas se atengan al régimen salarial de las empresas, porque considera que pondría en peligro muchos puestos de trabajo porque reduciría la competitividad de muchas empresas”.

Samper, por su parte, reconoce que es positivo y no debería modificarse el que “a falta de acuerdo entre la representación de los trabajadores, la bolsa de horas puede imponerse por la empresa al trabajador y de forma individual de hasta el 10 por ciento de la jornada total anual. Ello permite una distribución irregular de la jornada anual en función de las necesidades de la empresa”. Y se pregunta “¿cómo habría podido el mercado laboral adaptarse a la deflación salarial de más del 25 por ciento que

## Los expertos dan su opinión

“El convenio de empresa no tiene la eficacia que debería tener al permitir mayor flexibilidad”

Javier San Martín



“Esta es la primera vez que se han buscado otras alternativas a los tradicionales despidos”

Román Gil



“El Estatuto de los Trabajadores es una norma de espaldas a la realidad de la economía y de la sociedad”

Ignacio Samper



“Es una lacra desacoplar el trabajo a prestar por el trabajador de la necesidad empresarial”

Mar Alarcón



“Hay que evitar que se acuda a la externalización para reducir los derechos de los trabajadores”

Alfredo Aspra



necesitaba la economía española? España precisaba reducir costes salariales para hacernos más competitivos frente a otras economías como la alemana”, se autorresponde el letrado.

### Contrato a tiempo parcial

En el capítulo de la contratación, el socio de Sagardoy Abogados, se sitúa en línea con el documento publicado por la Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (Fide) a favor de mantener el contrato ilimitado como opción general e incluir el temporal en ocasiones justificadas. “Junto al contrato indefinido y a los temporales causales -obra o servicio determinados, trabajos eventuales o interinidad- y formativos, el contrato a tiempo parcial debe cumplir sus finalidades propias, atendiendo a las necesidades de empresarios y trabajadores, y eliminando el impacto adverso de género. La propia reforma ha persistido indebidamente, a través de distintas vías, en el fomento de la contratación temporal sin causa para fomentar el empleo”.

Por otra parte, aboga Ignacio Samper por mantener una mayor flexibilidad en las horas complementarias al incrementarse hasta un 60 por ciento e incluso más -vía convenio colectivo-, las horas complementarias que puede prestar un trabajador a tiempo parcial.

La temporalidad se encuentra más instalada, principalmente, en el sector servicios que en el industrial, predomina en el mercado de trabajo referido a las pymes y también a las Administraciones Públicas. Ante esta realidad, el presidente de los graduados sociales considera que “las políticas activas de empleo no han tenido éxito, porque no son las más adecuadas a las necesidades de las empresas. Lo que es preciso es potenciar el sector primario y la industria, y seguir siendo fuertes en lo que siempre hemos sido: construcción, turismo y hostelería. Si hay una buena liberalización, como en el caso de las indemnizaciones, vendrán los inversores a España”.

“Lo que el Estado debe hacer no es contratar desempleados, generando una situación insostenible, sino crear las condiciones necesarias para que las empresas se puedan financiar con agilidad, puedan mantener, o mejor, incrementar el número de trabajadores, generando riqueza no sólo para ellas, sino también para la sociedad”, apostilla Mar Alarcón.

### Despido colectivo

La normativa ha generado inseguridad jurídica; una muestra de ello es que buena parte de los despidos colectivos presentados se han anulado, sobre todo por causas formales.

Dice Gil que “es evidente la necesidad de reformar la regulación legal española del despido colectivo para acomodarla a decisiones recientes del

## La recuperación de la autorización administrativa no es una alternativa al sistema de control judicial en el despido colectivo

Es criticable que la firma del acuerdo entre trabajadores y empresa en un procedimiento por despido no blinde el acuerdo

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre las unidades de cálculo de los umbrales numéricos, el número de trabajadores empleados habitualmente, extinciones o rescisiones por modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, traslados y por voluntad del trabajador. Sobre esta materia es preciso atender a las sentencias de 13 de mayo de 2015 y de 11 de noviembre de 2015 del TJUE.

Por otra parte, se suprimió la autorización administrativa para poder proceder. Este cambio alinea a España con el resto de los países europeos. Sin embargo, dice Sampere que “debe criticarse duramente que la firma del acuerdo entre empresa y trabajadores en un procedimiento por despido no blinde el acuerdo, y cualquier trabajador de la empresa puede impugnar el acuerdo del despido por causas objetivas”.

También, Gil matiza que “la recuperación de la autorización administrativa no constituye una alternativa al sistema de control judicial de las causas de los despidos colectivos. No obstante, las Administraciones laborales han de desempeñar un papel activo en el procedimiento de despido colectivo, asesorando a las partes y asegurando la corrección de su tramitación y evitando nulidades formales de los despidos”. Otro dato importante a tener en cuenta es que se han suprimido los salarios de tramitación en los despidos que se declaren como improcedentes. Este es uno de los grandes cambios introducidos por la reforma y sobre el que existe acuerdo unánime entre los especialistas de que no debe volverse atrás.

### Clasificación profesional

Se muestra partidario de la desaparición de la categoría profesional y su cambio por el concepto de grupo profesional, Ignacio Sampere. Considera que la categoría profesional es un concepto genérico frente al de categoría, que confería demasiada rigidez al organigrama empresarial y que “es una herencia de la época preconstitucional o de la dictadura”.

En la misma línea, Alarcón cree que resulta una auténtica lacra, más en un mercado de trabajo como el español donde predomina la pequeñísima empresa, el desacoplar el trabajo que puede prestar un trabajador con las necesidades que requiere una empresa. “Si cada trabajador sólo puede hacer unas funciones determinadas que están en una única categoría profesional, estamos abocados a un mercado rígido, separado de las necesidades del tejido empresarial y abocado a la no inversión y, por supuesto, a la no generación de empleo. Sin embargo, la flexibilidad y el apego a la realidad que suponen los grupos profesionales, más en épocas de crisis, rema a favor de la inversión y del mantenimiento del empleo”, expresa la letrada.

### Negociación colectiva

“El convenio de empresa no tiene la eficacia que debería tener, a pesar de que permite mayor flexibilidad para mantener el empleo en empresas con muchos problemas”, valora San Martín.

Señala Aspra que es un paso adelante que no debería tener vuelta atrás, porque “se ha creado un nuevo panorama legal en el que la regulación de las condiciones fijadas en un convenio de empresa tienen prioridad aplicativa en el salario base y otros asuntos de vital importancia”.

Valora Alarcón que sería muy conveniente poder constatar “que efectivamente se estén ejecutando de manera eficaz las medidas de readaptación o reconversión de los trabajadores des-

## La vuelta a la situación previa no debería modificarse, porque el fin del convenio ha generado mucha inseguridad jurídica

Deben establecerse cláusulas para regular el funcionamiento del incremento salarial durante el periodo de ultraactividad

pedidos, ya que, en la actualidad, de lo único de lo que hay constancia es de que la empresa en reestructuración presenta en el registro de las autoridades laborales las medidas sociales que deberá desarrollar la empresa de recolocación sobre los trabajadores despedidos; sin embargo, no se hace un seguimiento de aquéllas que se implantan efectivamente y, lo más importante, del impacto que estas medidas han tenido en cuanto al acceso al empleo de los trabajadores que previamente han sido despedidos”.

### La reducción de la ultraactividad

La limitación de la ultraactividad era uno de los grandes pilares de la reforma, pero ha sido uno de los asuntos más demandados ante los tribunales y que mayor número de sentencias aclaratorias ha suscitado. Para San Martín, “la ultraactividad debería mantenerse tal y como la ha dejado el Supremo. La vuelta a la situación previa a la reforma sería inasumible”.

A este respecto, Alarcón subraya que “la limitación de la ultraactividad de los convenios no debería volverse a modificar. Esta es una de las cuestiones que más sombras e inseguridad jurídica ha planteado tras la reforma laboral. Los efectos perniciosos de la petrificación de las condiciones de trabajo negociadas en convenios estatutarios hacía necesaria la modificación del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, pero no se puede valorar positivamente el escenario creado por la indefinición jurídica”. Además, considera que “sería bueno no volver a alimentar la vuelta a la petrificación de la negociación colectiva que se ha demostrado mortal en situaciones de crisis, puesto que al no adaptarse las condiciones de trabajo a la situación de las empresas inmersas en la crisis, estas no podían sino recurrir al cierre”.

Y matiza Gil, que este asunto ha sido modificado por el Tribunal Supremo, pero ha quedado muy lejos de las intenciones que motivaron la medida por parte del legislador. Los sindicatos han trabajado con mucha seriedad en este asunto.

En la negociación colectiva de los convenios de empresa es recomendable que se establezcan cláusulas para regular el funcionamiento del incremento salarial durante el periodo de ultraactividad, puesto que se encuentra entre los acuerdos parciales reconocidos como posibles por la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 2015, que define cuáles son las cláusulas que únicamente pueden ser objeto de regulación en un convenio estatutario. “Este es un ejemplo de que la negociación colectiva ha cambiado radicalmente desde la reforma de 2012”, comenta Aspra al respecto.

### Descuelgue de los convenios

La regulación del descuelgue de los convenios colectivos estatutarios contenida en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores ha sido un instrumento útil como medida de flexibilidad interna que ha evitado el recurso a medidas más drásticas; por lo que, ante una posible reforma, debería estudiarse con mucho cuidado su modificación.

“En torno al 94 por ciento de los descuelgues, las inaplicaciones han sido pactadas, no decididas por tanto por la comisión tripartita -que sólo ha solucionado directamente en torno al 1,5 por ciento-”, indica Alarcón, que se sorprende de que en la Comunidad de Madrid no ha habido hasta octubre de 2015 una sola inaplicación que no fuera pactada.