

Desayuno con...

Federico Durán y Juan Antonio Sagardoy

“La Reforma Laboral”

Hotel NH Hesperia. Madrid. 22 de marzo de 2012



Juan Antonio Sagardoy

Catedrático de Derecho del Trabajo, es Presidente de Sagardoy Abogados.

Ha sido Consejero de Renfe, Telefónica, Instituto Nacional de Hidrocarburos y Admira.

No voy a entrar en el detalle técnico de la reforma, porque no es el foro para eso. Voy a hacer una visión global y luego haré alguna pequeña observación sobre algún punto concreto de la reforma.

Todas las muchas reformas laborales que llevamos desde que se promulgó el Estatuto de los Trabajadores son un esfuerzo más o menos exitoso de desmontar la hiper-protección que al trabajador individual le dio la Ley de Contrato de Trabajo, de 26 de enero de 1944 (en la época de Franco y que estuvo en vigor hasta 1980), acercándonos al modelo europeo más común. Hablamos de derechos individuales del trabajador (protección del puesto de trabajo, jornada, horario, despidos, ascensos, etc.; es decir, todo lo que se refiere al contrato de trabajo), pues los derechos colectivos (sindicación, huelga y negociación colectiva en régimen de libertad) vinieron con la democracia y su reconocimiento en la Constitución.

Esa hiper-protección del trabajador se configura en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 como un canje o trato tácito del Estado con los trabajadores en el que a cambio de los derechos colectivos, cuyo ejercicio llega incluso a penalizarse como delito grave (la huelga se califica como sedición, con 30 años posibles de pena), se garantiza al trabajador una hiper-protección de sus derechos individuales. Ejemplo de esa hiper-protección es la regulación de la indemnización por despido improcedente en la Ley del 44: 60 días por año, hasta 5 años,

límite que llega a aplicarse incluso con independencia de que el cálculo matemático de la indemnización tenga un resultado menor.

El Estatuto de los Trabajadores no supuso un cambio trascendental de la Ley de Contrato de Trabajo. La Ley de la República, la Ley del 44 y el Estatuto de los Trabajadores son muy parecidos en lo referente al contrato individual de trabajo, porque ha sido siempre muy difícil hacer reformas de calado, debido a que la normativa laboral afecta de manera directa y cotidiana a millones de personas, que son además los clientes políticos de los partidos. Por eso el mérito de esta reforma es que ha entrado en profundidad en cosas bastante inimaginables no hace mucho tiempo. No hay Gobierno que sea capaz de sacar adelante una reforma como esta si no es en la crisis brutal que tenemos. Pero esta reforma solo va a dar sus frutos cuando las empresas estén ya normalizadas y funcionen bien. Ahora mismo, al estar en una situación tan crítica, probablemente durante bastantes meses las empresas van a “aprovechar” lo peor de la reforma (ajustes de plantilla, de salarios, etc.) que es lo patológico, pues lo normal en el deseo de los empresarios es mantener contento e integrado a su personal (el capital fundamental de la empresa).

La reforma tiene dos grandes pilares, dos herramientas fundamentales que da a la empresa:

- Quita obstáculos, da al empresario la flexibilidad que necesita para tomar medidas cuando vienen mal dadas y poder contratar.
- Deja alternativas al despido para que el empresario se ajuste a las circunstancias. Ahora, en lugar de despedir o cerrar la empresa, puede prevenir: puede descolgarse de los convenios, firmar un convenio de empresa y salirse de un convenio sectorial, puede bajar los salarios, puede modificar los puestos, aplicando movilidad funcional, etc.

Que luego estos instrumentos se utilicen mal es otra cosa, pero no es lo que la Ley busca. La Ley busca crear empleo y que no se destruya empleo. Es muy posible que en los próximos 5 o 6 meses, mientras dure el periodo de ajuste de las empresas, se sigan produciendo despidos, sobre todo en las empresas pequeñas, pero eso ha de ser transitorio. Si no lo fuera y siguiese aumentando el paro todos los meses hasta octubre, el Gobierno tendría que aplicar un Plan B, que para mí sería un contrato muy adaptado y muy ágil para la crisis, un contrato de fomento del empleo. El debate entre empleo temporal y fijo tiene que abandonarse de una vez, porque no sirve para nada.

¿Por qué hemos llegado al desastre del índice de desempleo, tanto el juvenil como el general?

Hay una causa exógena, evidente y fundamental: la crisis económica. Y para solucionar este problema también son fundamentales las medidas fiscales, de crédito, etc. Pero hay otras causas endógenas al sistema de relaciones laborales.

Hay tres claves para explicar la ineficiencia del sistema laboral para que se produzca tanto paro:

- La legislación española desde el 31 y el 44 iba dirigida a proteger más el puesto de trabajo que al trabajador. Parece un juego de palabras, pero tiene mucha importancia (la propia OCDE insiste en que es más importante y bueno proteger más al trabajador que al puesto de trabajo). Se constata que hay normas por las que sea muy difícil cambiarle a una persona de puesto de trabajo o que sea muy difícil que pierda el puesto porque es muy caro y es muy engorroso formalmente; al final, como no es posible ponerle puertas al campo, llevan a la salida del trabajador y a la destrucción del puesto de trabajo. Por ello ha habido un tránsito de proteger al trabajador en una empresa concreta, en un puesto concreto y en un lugar concreto, a proteger el que el trabajador tenga un puesto de trabajo, aunque sea en otra empresa, en otro lugar y en otro tipo de trabajo. Esto se ha conseguido, especialmente en los países nórdicos, con la empleabilidad y la formación. El trabajador lleva una mochila de conocimientos que le permite la posibilidad de cambio y de mejora. La “flexiseguridad” (modelo importado del norte de Europa) tiene tres patas:
 - Contratar y despedir sin muchas trabas.

- Mucha formación a los trabajadores.
 - Políticas de empleo muy activas cuando se pierde el puesto de trabajo, que no sean solo dinerarios (como ha sido nuestro caso), sino que sean de formación del trabajador, reciclaje, búsqueda activa del empleo, etc.; es decir, no sólo rentas dinerarias, sino también rentas profesionales.
- La segunda clave es que creamos un modelo “esfinge” de convenios colectivos, imperturbable, al que le da lo mismo lo que le sucede a la empresa y cuales sean las condiciones variables del entorno. Fija las condiciones que no se puedan modificar, cualquiera que sean las vicisitudes internas o externas por las que esté pasando la empresa y que le pueden llevar al cierre. Lo firmado en el convenio se aplica en cualquier caso y circunstancia. Es la llamada “eficacia general de los convenios colectivos”. En aquel momento (1980) se trató políticamente de dar un apoyo a los sindicatos y a la patronal y se dio eficacia general a lo que firmasen los representantes de los trabajadores y la patronal, aunque tuviesen en realidad una representación porcentualmente muy corta. Lo mismo sucedió con la ultra-actividad de los convenios. En ambos casos se pensó que sería algo transitorio pues eran atípicos respecto a Europa, pero quedó porque son temas duros y difíciles de cambiar. Estos dos temas han cambiado ahora con la nueva reforma.

El modelo de la eficacia general es mortal para el empleo. Lo normal es que con él las empresas despidan o cierren.

- La tercera clave de ineficiencia es la falta de tratamiento de las Pymes (y España es país muy de Pymes – 95% de las empresas son de 5 trabajadores). La Pyme tiene una fisonomía tan absolutamente distinta a una empresa grande en los temas laborales, que en algún país, como en Alemania, a las empresas de menos de 10 trabajadores las marginan de la legislación laboral general porque se estima que funcionan con sus propios criterios. Aquí las Pymes no han tenido una atención específica ni en lo mercantil, ni en lo fiscal, ni en lo administrativo, ni en lo laboral, sino que han funcionado con los esquemas generales. Esto ha sido también mortal, porque las Pymes han sido tratadas con un esquema inadecuado para su propia fisonomía y estructura.

Paso a hacer algunos comentarios de detalle sobre la reforma en plan “flash”.

Esta reforma me parece muy importante porque va a cambiar y cambia profundamente nuestra legislación laboral, aunque tiene algún problema. El mayor problema que tiene es la judicialización que va a traer en las relaciones laborales. Se oyen frases como: “hay que acabar con el control judicial en los despidos”, pero no es posible acabar con el control judicial de nada, porque el art. 24 de la Constitución establece el principio de la tutela judicial efectiva: todo español tiene derecho a acudir a un juez cuando se ve atacado en sus derechos. Se podrán articular las cosas de modo que sea difícil llegar al juez o que haya mecanismos anteriores para no llegar al juez, pero no se puede decir en un contrato que los actos de una de las partes sean incontrolables por un juez. En la reforma, como se ha ido por la vía de eliminar obstáculos en la vía administrativa, se ha dejado abierta, pura y dura, la judicial. En la vía judicial va a funcionar bastante la ideología del juez, desgraciadamente.

Como puntos concretos que son mejorables señalo:

- En los EREs, al haber quitado la necesidad de autorización administrativa, ahora todo hay que ir a discutirlo ante el juez. En Francia hubo una experiencia similar y no fue positiva.
- Por otra parte, habría que blindar los acuerdos que se firman en los EREs, de manera que fueran vinculantes (por lo menos en lo que se refiere a los acuerdos sobre extinción de los contratos) para que haya seguridad jurídica, evitando impugnaciones posteriores que puedan declararlos nulos al cabo del tiempo.

- Respecto al periodo de prueba de un año, yo no creo que sea inconstitucional, pero podría haberse hecho de otra forma: en lugar de probar al trabajador, podría haberse establecido “probar el puesto de trabajo” (el convenio 128 de la OIT tiene un artículo que permite al empresario probar el puesto de trabajo, no al trabajador, durante 1 año), sucediendo varios trabajadores hasta ver si ese puesto es eficaz.
- El absentismo. Se permite el despido cuando hay faltas reiteradas intermitentes en un 20% durante 2 meses, aunque se trate de faltas justificadas. En el Estatuto de los Trabajadores ya se contemplaba esta posibilidad, pero ligada a la coincidencia con un determinado nivel de absentismo total en la empresa (establecido últimamente en el 2,5%). Ahora se ha quitado esa vinculación y se puede despedir directamente por faltas intermitentes, aún justificadas, del 20% durante 2 meses. No cabe retroactividad en la valoración del absentismo al aplicar esta medida). Habría que introducir alguna matización al precepto.
- En el tema del tiempo parcial, es una pena que se haya desaprovechado una ocasión como ésta, porque no se ha hecho nada positivo (lo de las horas extraordinarias tiene una mínima importancia). Lo que debería haberse hecho es permitir que el tiempo parcial tuviera una distribución irregular a lo largo del año, sin necesidad de tener que poner cuando se firma el contrato cuando son los días y las horas, porque en muchas ocasiones no se puede saber a priori. En la legislación comparada existe lo que se llama el “contrato a llamada”.
- En lo de los “tres trimestres de disminución de ingresos y de ventas” se explicita que la causa es automática y hay quien piensa que es retroactivo, que se puede aplicar lo de atrás y parte de lo de después. Eso puede ser así porque la causa – la crisis- ya existía antes y ahora lo que hace es explicitarla. Pero también habría que cuantificar de algún modo la disminución de ingresos y ventas.



Acompañaron a los ponentes en la mesa presidencial Juan Manuel González Serna, Presidente de Grupo Siro, Jesús Sainz, Presidente del Club, y Miguel Gordillo, organizador del evento.



Federico Durán

Catedrático de Derecho del Trabajo, es Socio Director del Dpto. Laboral de Garrigues.

Fue Presidente del Consejo Económico y Social.

Uno de los grandes males de nuestro país es la legislación laboral. Es un desastre. ¿Es esta la reforma que cambia la situación? Se han oído opiniones de todo tipo: "reforma sustancial", "revolución laboral", "cambia definitivamente el marco de nuestras relaciones laborales". Mi opinión al respecto: es una reforma que tiene elementos de novedad importantes, pero no es una reforma que cambie el marco de las relaciones laborales. Aporta elementos de novedad que abren posibilidades de actuación empresarial, sin duda, que bien aprovechadas pueden presentar un cambio en la gestión de las relaciones laborales en la empresa. Pero el marco sigue siendo el mismo. Nuestro marco laboral es muy antiguo y está inadecuado a las actuales circunstancias económicas, sociales y empresariales; aunque trae cambios importantes y modificaciones significativas, ese marco no lo cambia la reforma.

¿Cuál es el alcance de la reforma? Se está produciendo una curiosa batalla de opinión sobre todo por dos sectores que, desde posiciones muy enfrentadas, están coincidiendo en el mismo planteamiento: desde la derecha se está interpretando la reforma haciéndola decir mucho más de lo que dice, para defenderla; desde la izquierda se quiere atacar a la reforma y se le hace decir muchas cosas que no dice. Es el viejo expediente de interpretar las normas desde la derecha para atacarlas desde la izquierda. En conjunto, se está presentando una reforma que parece que es mucho más de lo que es.

Desde el punto de vista de la innovación que supone, en la reforma hay que distinguir tres tipos de contenidos:

- De continuidad.
- De novedad en una línea de desarrollo de novedades anteriores.
- De novedad más rupturista, de un cambio más significativo.

1. Contenidos de continuidad.

- Las modalidades de contratación laboral siguen siendo las mismas. El art. 15 no se ha tocado y es un artículo muy antiguo, que contempla un mundo productivo que no existe, que no tiene en cuenta las necesidades de contratación empresarial, los nuevos sistemas productivos, etc.
- La negociación colectiva sigue siendo la misma, con algunas novedades importantes que luego comentaré. Pero el modelo sigue siendo el mismo: ese engendro corporativo del convenio de valor normativo y de eficacia general, dando carácter normativo a lo que es un contrato entre partes y otorgando a los sindicatos y a la patronal un poder de normación general de las condiciones de trabajo de sujetos no representados por ellos.

2. Novedades en lógica de continuación respecto de lo anterior.

- El esquema indemnizatorio en caso de despido improcedente: la aplicación de 33 días por año con carácter general (frente a los 45 anteriores) y, más importante, la fijación del tope en 24 mensualidades en lugar de 42. Es una novedad relativa, en cuanto que supone una generalización de algo que se estableció en 1997 para un tipo de contrato.
- La eliminación de los salarios de tramitación. En realidad no eran salarios, sino una indemnización adicional, porque lo que extingue jurídicamente el contrato es la decisión empresarial de dar por terminada la relación laboral, no la sentencia del juez. Como salvedad, se mantienen los salarios de

tramitación para los representantes de los trabajadores, aunque opten por la indemnización y no por la continuación de la relación laboral.

- Con los despidos colectivos sucede lo mismo. Hay pequeñas modificaciones:
 - Antes se decía que tenían que mejorar la posición competitiva de la empresa y ahora no se dice.
 - Antes se decía que la decisión empresarial tenía que tener razonabilidad y ahora no se dice.

Pero esto no cambia sustancialmente el tema. Las causas que tiene que tener el empresario son las mismas: económicas, técnicas, organizativas o de producción. Son novedades menores. Los jueces no van a suprimir cualquier exigencia de razonabilidad en la medida empresarial ni van a dejar de exigir una proporcionalidad en ella ni van a aplicar automáticamente lo de los dos trimestres continuados de disminución de ingresos o ventas para la modificación de condiciones de trabajo o lo de los tres trimestres para el supuesto de extinción.

3. Elementos de novedad más importantes.

Tres contenidos en este apartado: el repliegue administrativo, la flexibilidad interna y la negociación colectiva.

A. El repliegue administrativo.

Significa la supresión de competencias administrativas de intervención que se produce en la nueva norma en materia de traslados colectivos, de suspensión de contratos y reducción de jornada y de despidos colectivos. Por tanto nos encontramos en un sistema más libre, en el que el empresario no tiene la necesidad de una intervención tutelar de la Administración que le tenga que autorizar previamente determinadas decisiones. Esto, aunque va a crear algunos problemas para la empresa, creo que es bueno porque la intervención administrativa es fuente de ineficiencias y, a veces, de corrupción.

Un segundo tema es el de la tutela judicial. La tutela judicial en España está mal concebida, mal interpretada y mal aplicada. Se considera que el juez debe dar siempre una solución a cualquier cuestión que en cualquier circunstancia le plantee el ciudadano. Eso no es la tutela judicial efectiva. El problema que nos tenemos que plantear es si el juez tiene que tener competencias para valorar decisiones económicas de la empresa. En otros países en los que existe la tutela judicial esto no pasa. El juez podrá entrar a valorar si la decisión en la empresa es discriminatoria, si afecta a los derechos de un trabajador en un determinado momento, etc., etc., pero no a valorar las decisiones económicas de la empresa. Ni el juez tiene conocimientos teóricos para hacerlo ni puede operar en ese sentido con un mínimo de racionalidad. La exposición de motivos de la norma dice que “a partir de ahora los jueces no van a poder valorar la gestión empresarial”, de manera un tanto ingenua, porque mientras haya tutela judicial sobre las decisiones el juez entrará. En ese sentido, hay un repliegue administrativo, pero estamos todavía en un sistema intervenido en el cual las decisiones empresariales están todavía sujetas al control de un tercero.

B. La flexibilidad interna.

El objetivo fundamental de la reforma es, como ha dicho Juan Antonio, romper la dinámica del mercado de trabajo español y aquí es donde están sus elementos de novedad más importantes. Se trata de romper el que todos los elementos de ajuste se traduzcan en términos de pérdida de empleo, lo que constituye hasta ahora el elemento diferencial del mercado laboral español. En otros países los ajustes se producen en términos de adaptación de las condiciones de trabajo, de afectación al tiempo de trabajo, a los salarios, etc. Así, mientras en Alemania por cada punto de caída del PIB el empleo disminuye en un 0,5%, en España por cada punto de bajada del PIB el empleo baja en un 2%; es decir, cuadruplicamos la tasa de destrucción de empleo de Alemania. Y ese es el problema, que tenemos un sistema que lleva todos los ajustes empresariales a la destrucción de empleo. El legislador aquí lo que trata es de llevar cierta flexibilidad al funcionamiento empresarial y a la negociación colectiva, para que ésta sea un instrumento de gestión empresarial que evite la destrucción de empleo.

Vamos a ver en detalle las novedades introducidas y los problemas interpretativos que suscitan.

a) Movilidad funcional (polivalencia funcional).

Se trata de excluir definitivamente las viejas clasificaciones en base a categorías profesionales, con una gran cantidad de categorías y una gran rigidez, algo que se había hecho ya en algunos convenios colectivos estableciendo grupos profesionales. Se van a establecer grupos profesionales definidos ampliamente que permitan una movilidad funcional dentro del grupo en ejercicio del poder directivo del empresario, de tal manera que el ejercicio excepcional de ese poder directivo sólo sea necesario cuando se requieran funciones fuera del grupo profesional o que impliquen titulaciones o habilidades de las que el trabajador carece. Esto es una novedad importante que puede permitir un manejo más flexible de la movilidad funcional dentro del ámbito laboral. El legislador dice que: “en el plazo de un año los convenios colectivos se adaptarán a esto”, lo que está por ver que así sea y las consecuencias de que no sucediera, pero en todo caso es una modificación importante.

Un problema interpretativo deriva de que la legislación dice: “en el momento del contrato al trabajador se le asignará un grupo y se le atribuirán todas o parte de las funciones del grupo”. ¿Qué pasa si sólo se le asignan parte de las funciones del grupo? Hay dudas de que se le pueda cambiar a las funciones del grupo no asignadas. De aquí y de otras partes de la reforma se deriva el que el contrato individual de trabajo va a tener mayor importancia a partir de ahora y que ya no va a ser buena práctica limitarse a rellenar el modelo oficial, que habrá que pensárselo bien y establecer las condiciones específicas.

b) El tiempo de trabajo y su distribución irregular.

El legislador dice que debe haber una distribución irregular de la jornada y que, salvo pacto en contrario, será del 5%. No dice cómo. Hay que interpretar que son una bolsa de horas de hasta el 5% al año que tiene el empresario para utilizarla en el momento en que sea necesario. Es una novedad relativa, pues ya lo hizo el legislador socialista en el año 2010. Lo que pasa es que lo hizo mal técnicamente, porque lo que hizo fue decirle a los negociadores del convenio: “ustedes tienen que pactar la distribución irregular de la jornada y, como mínimo, tienen que pactar un 5% de distribución irregular de la jornada”. El legislador no es quién para decirles a los agentes sociales el contenido de lo que tienen que pactar. Ahora se hace de una manera más correcta: se dice que “la distribución irregular es un 5%, salvo pacto en contrario”.

Aquí surgen también problemas interpretativos del alcance del pacto en contrario: ¿el pacto en contrario es que la distribución irregular puede ser también de otro porcentaje, inferior o superior al 5%? ó ¿el pacto en contrario es que no hay distribución irregular de la jornada? Hay opiniones en el sentido de que la intención del legislador es sólo que la distribución irregular pueda ser en un porcentaje distinto del 5%. En mi opinión, las dos opciones son posibles.

c) Movilidad geográfica (los traslados de los trabajadores).

El régimen de los traslados sigue siendo el mismo. La diferencia con lo anterior es que antes cuando el empresario adoptaba la decisión de trasladar, la autoridad administrativa podía suspender la ejecutividad de la medida durante seis meses, lo que es evidente que significaba anular sus efectos prácticos. ¿Qué hacía la autoridad laboral? Sistemáticamente suspenderla por seis meses, lo cual hacía en términos de dudosa legalidad, porque el supuesto legal para la suspensión (reglada y no discrecional) era “sólo en el supuesto de graves consecuencias sociales, etc., etc.”. Como se trata de competencias transferidas, a ninguna Comunidad Autónoma le hace gracia que una producción se traslade a otra. Ahora el legislador suprime esa posibilidad de suspensión, con lo que la decisión empresarial es inmediatamente ejecutiva. Pero aún queda el recurso de los trabajadores a un juez, quien será el que finalmente decida si el traslado estaba o no justificado. Si falla que no lo estaba, deben revertirse los efectos del despido, con la gravedad organizativa que eso puede traer.

d) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Sigue prácticamente en los mismos términos. La novedad más significativa que introduce la reforma es que, junto a todas las condiciones que ya se podían modificar, se introduce expresamente que se puede modificar la cuantía salarial. Aunque antes no se decía, alguna sentencia lo admitía por la vía alternativa de modificar el sistema retributivo.

¿Significa esta modificación que el empresario puede ahora bajar sin más los sueldos? No, el empresario tiene que hacer el periodo de consultas, llegar a la decisión de bajar la cuantía salarial, si cree que es la oportuna, y se enfrentará a los recursos colectivos e individuales. Será finalmente el juez quien determine si la modificación está o no justificada, con las consecuencias que ello tiene desde el punto de vista del mantenimiento de la decisión.

e) La suspensión del contrato y la reducción de la jornada.

La novedad es que desaparece la autorización administrativa. El empresario establece el periodo de consultas, aligerado en algunos plazos, terminado el cual el empresario puede decidir si suspende el contrato o reduce la jornada, y no necesita la autorización administrativa. Contra la decisión del empresario caben recursos individuales de los trabajadores afectados y recursos colectivos de los representantes de los trabajadores y también puede recurrir la Administración, si considera que esa puede ser una actuación lesiva para los intereses de la entidad prestadora de las prestaciones por desempleo.

En definitiva, hay puntos de flexibilidad interna en todas estas cuestiones, que son novedades que permiten un margen de actuación empresarial distinto, pero que no significan un cambio sustancial respecto de lo que teníamos.

Como características fundamentales de todos estos casos hay:

- Un aligeramiento de los trámites procedimentales, que son más livianos, de menor duración.
- Una protección del acuerdo: en todas estas materias, si hay acuerdo con los representantes de los trabajadores, sólo se puede recurrir por dolo, fraude, coacción o abuso del derecho, lo que limita la posibilidad del recurso. Esto no sucede en los despidos colectivos, en los que, haya o no acuerdo, se puede judicializar todo el problema del despido.
- Preferencia de las secciones sindicales de empresa. Esto es importante. Es una novedad que introdujo el legislador socialista en la reforma de 2011 y que ahora se ha mantenido. Hasta ahora había igualdad entre las dos vías de representación en la empresa: la sindical y la electiva, el comité de empresa. Ahora se les da a los sindicatos el poder de controlar los procesos de flexibilidad interna de la empresa a través de las secciones sindicales de las empresas.

En resumen, en materia de flexibilidad hay aspectos novedosos, aspectos importantes y aspectos que suscitan muchas dudas.

C. La negociación colectiva.

También aquí, manteniendo el modelo, se establecen cuatro novedades importantes, que son las más significativas de la Ley.

- Se permite que el convenio colectivo pueda revisarse durante su vigencia.

No es algo baladí. Antes el convenio colectivo, una vez aprobado, se petrificaba. Había que esperar a una nueva negociación. Esta es una medida de flexibilidad importante.

Tiene un punto de debilidad: que el legislador, con una cierta ingenuidad, ha abierto esta puerta pensando que van a pasar por ella solo los empresarios, que son los que van a querer modificar un convenio durante su vigencia cuando no pueden soportar las condiciones pactadas. ¿Qué pasa si son los trabajadores quienes quieren revisarlo? En ese caso, ¿hay deber de negociar por parte de la empresa? y ¿hay derecho de huelga?, porque teóricamente una huelga para modificar un convenio vigente es ilegal, pero si el legislador dice que se puede modificar el convenio durante su vigencia...

Otra cuestión interpretativa: ¿hay que modificarlo con quien se negoció o se puede modificar con el comité de empresa cuando se negoció con los representantes sindicales y viceversa?

- La inaplicación del convenio colectivo durante su vigencia (para mí el punto más importante de la reforma).

Se permite que durante la vigencia del convenio colectivo se pueda iniciar un procedimiento para inaplicar determinadas previsiones del convenio. Lo que es importante es que este es un procedimiento que se desarrolla siempre en la empresa, pero se puede inaplicar el convenio sectorial que se aplica en la empresa o el propio convenio de empresa. Puede hacerse en toda una serie de materias: las del artículo 41 más las mejoras voluntarias de la seguridad social.

Lo importante de esta materia es que, como en los supuestos anteriores, se establece un proceso de consultas y la previsión de un acuerdo, pero a diferencia de los otros casos, si el procedimiento termina sin acuerdo, se permite que cualquiera de las partes promueva un arbitraje obligatorio a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano competente correspondiente de la Comunidad Autónoma. Esto es importante porque, a diferencia de los arbitrajes normales, en los que las partes hacen sus peticiones y el árbitro decide generalmente estableciendo una posición intermedia, en este caso sólo una parte pide y la otra simplemente niega. El empresario dice: “quiero inaplicar estas diez cuestiones” y el sindicato dice: “no, ninguna”. Por poco que el árbitro le dé a la empresa, es algo a ganar.

- Preferencia del convenio de empresa sobre el convenio sectorial.

Vigente el convenio sectorial se puede negociar un convenio de empresa que tiene preferencia aplicativa sobre aquél, lo cual le permite a la empresa tener un margen propio de flexibilidad dentro de un convenio sectorial.

El punto oscuro de este tema es el mismo que el del primer apartado: pensar que esto solo lo va a plantear el empresario. ¿Y si lo plantean los trabajadores, porque piensan que las condiciones de su empresa son más favorables que las del sector en su conjunto? ¿Se puede el empresario negar a negociar?

- La ultra-actividad (en mi opinión, la madre de todos los vicios de la negociación colectiva).

La aplicación del convenio más allá de su periodo de vigencia hace que los sindicatos partan en una negociación de la plataforma que les da el convenio vigente. Se negocia para conseguir algo más de lo que ya se tiene, que es inamovible. La ultra-actividad ha impedido la adaptación y la modernización de los convenios colectivos. Es una aberración desde todos los puntos de vista.

El legislador empieza en esta reforma con el fin de la ultra-actividad. No la ha suprimido. Lo que dice el Decreto-Ley es que “el convenio, una vez vencido, seguirá vigente durante otros dos años” (lo que no es técnicamente correcto, porque un contrato denunciado y vencido no está vigente; podrá decir que sigue siendo de aplicación, pero no que está vigente). Al cabo de esos dos años dejará de ser de aplicación. Si se trata de un convenio de empresa, pasará a estar en vigor el convenio sectorial; si no lo hubiera, desaparecería el marco convencional y las relaciones laborales pasarían a estar reguladas por la normativa general.

Comentarios al respecto:

- Dos años es un plazo excesivo. Una empresa que no soporte un corsé convencional al cabo de dos años puede estar muerta.
- ¿Qué sucede cuando el convenio deja de ser de aplicación? ¿Se puede pasar a todos los trabajadores a salario mínimo? Debería haberlo aclarado el legislador. Mi opinión: el convenio deja de ser de aplicación, pero las condiciones contractualizadas que figuran en el nexo contractual individual anterior entre el empresario y los trabajadores (el salario y el tiempo de trabajo) hay que seguir aplicándolas.
- Es un principio de avance, una solución a cámara lenta.



COLOQUIO

Pregunta 1: ¿Cómo compara nuestra legislación laboral antes y después del Decreto Ley con la legislación del entorno en el que competimos? ¿Cómo nos acercamos?

JUAN ANTONIO SAGARDOY:

En Europa hay legislaciones muy distintas, pero en términos generales en mi opinión esta reforma nos acerca mucho.

FEDERICO DURÁN:

Coincido. Es verdad que en la normativa europea hay de todo. Con esta reforma avanzamos en la normalización, pero todavía no entramos en la normalidad. Es un paso significativo.

Pregunta 2: En relación con las causas de pérdidas económicas continuadas o anteriores, ¿cuál es el concepto de empresa que se maneja? ¿el centro de trabajo? ¿la sociedad anónima? Sobre todo en los grupos de empresas, donde hay una multiplicidad de ambos.

FEDERICO DURÁN:

Ese es uno de los puntos oscuros de la reforma. Primero, la identificación de las causas económicas y su posible funcionamiento automático o no. Y luego en qué ámbito se tienen que dar esas causas económicas. La ley habla de empresa; por tanto, hemos de interpretar que es la empresa en cuanto tal, no un centro de

trabajo de la empresa, pero tampoco el grupo de empresas. ¿Tenemos la seguridad de que los jueces no van a mirar las cuentas del grupo de empresas? No. De hecho ya en algunos expedientes nos solicitaban las cuentas consolidadas del grupo. ¿Va a ser el grupo mercantil o el grupo laboral? No es lo mismo, porque si es un grupo mercantil estamos en un escenario; si es un grupo laboral, estamos en otro. El reglamento de los despidos colectivos, que podía aclarar algunas cuestiones, se tenía que haber aprobado en el plazo de un mes. No se ha aprobado. Salió una orden ministerial diciendo qué aspectos del antiguo reglamento continúan vigentes. Entre el reglamento y el trámite parlamentario se tiene que producir una clarificación de todos estos temas. Hoy por hoy no se puede exigir globalizar al grupo de empresas. Pero no tenemos ninguna garantía de la utilización judicial de esa referencia vaga a la empresa.

Mi opinión, en relación con las causas económicas, es que no debería haber control judicial. ¿Para qué tenemos libertad sindical y derecho de huelga? El empresario decide lo que es oportuno porque suele hacer lo que es beneficioso para su empresa y los sindicatos y los trabajadores se inter-relacionan con el empresario a través de las medidas de presión que han existido toda la vida. En España tenemos una resistencia al conflicto. El conflicto es el principio ordenador de las sociedades libres y el motor de su desarrollo. Prefiero un escenario de discusión y de negociación con los interlocutores o con los representantes sindicales a tener que explicarle a un juez cuáles son las perspectivas económicas de la empresa, un tema que un juez no entiende. Y además, ahora con mucha más importancia del informe del inspector de trabajo, porque en los despidos colectivos cambia el papel de la Administración y hay un informe de la inspección de trabajo que ahora es un informe a posteriori, que va a informar sobre la existencia de las causas, sobre el desarrollo del procedimiento, si se ha negociado de buena fe, etc., etc. Y el juez no tiene por qué tener conocimientos económicos y contables y, sobre todo, tiene una acumulación de trabajo considerable, por lo que va a tener tendencia a hacerle caso al inspector de trabajo. Intentar objetivar esto provoca la melancolía. A cada solución, por clara que sea, los juristas le sacaremos problemas interpretativos que queramos. Ej.: ¿trimestres naturales?, ¿qué significa disminución continuada? Además, todo esto se ha establecido para un contexto de situación negativa de la empresa; ¿la hay? Es lo primero que planteará el juez. Está también el tema de las variaciones estacionales. Cantidad de problemas interpretativos que van a dar lugar a muchas dificultades (bueno para los abogados, malo para las empresas).

En definitiva, las empresas son un ámbito de decisiones económicas en las que el control judicial y el control administrativo no pueden entrar. La empresa la gestiona el empresario y toma las decisiones que cree que debe de tomar y, si acierta, el mercado le premiará y, si se equivoca, el mercado lo castigará. Y así es cómo se crea riqueza y así es cómo progresan las sociedades. No estableciendo que un juez, cuya función no es esa, tenga que decidir si la empresa va a mejorar su posición competitiva en el mercado porque adopte una u otra postura.

Yo no le temo a la libertad. Un sistema mucho más libre sería un sistema mucho más generador de riqueza.

Pregunta 3: Respecto al tema de la formación, resulta obvio que el enfoque que había en el anterior sistema no ha funcionado. Esta reforma se dirige en algunos puntos a intentar cambiar. ¿Está adecuado su enfoque a las necesidades reales o va a seguir como estaba?

JUAN ANTONIO SAGARDOY:

Respecto de la formación, lo más importante es que se ha consagrado la formación como un derecho del trabajador. Aparte de esto, creo que los cambios que se han producido no son de gran trascendencia y tienen problemas de aplicación, p.ej.: la empresa que ya da más de 20 horas de formación, ¿puede subsumir en ellas las 20 horas obligatorias?; ¿a qué se dirigen esas horas de formación? ¿para qué puesto de trabajo? Quizás habría que haber ido con más fuerza a esa dualidad que en Alemania funciona tan bien de la práctica y de la formación teórica, que en parte se ha recogido en la reforma, pero que podría haberse avanzado más (echamos de menos el modelo de las escuelas de aprendices). Luego está el viejo tema de si hacer un contrato para los jóvenes claramente precario, Era una forma de atajar el grave problema que tenemos de paro juvenil y en esto los sindicatos han tenido una postura obstruccionista nefasta.

La formación profesional es fundamental y no sé si en la reforma se han cargado demasiado las tintas en lo formal más que en lo material, en ese empuje necesario a la formación práctica.

GALERÍA GRÁFICA





Desayuno con ...

Federico Durán

y

Juan Antonio Sagarroy

“La Reforma Laboral”



impulsa
capital



GLOBALVIA



Gamesa

FUNDACIÓN
GRUPO SIRO

Corpfin Capital

