

Una primera valoración de la reforma laboral de 2012*

Miguel Ángel Malo**

1. Introducción

El objetivo de estas páginas es realizar un primer análisis de la reforma laboral que acaba de promulgarse mediante el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero (en adelante, RDL 3/2012). Al ser una valoración inicial (y por tanto provisional) se atenderá sobre todo a los principales cambios introducidos (despidos, negociación colectiva) y a los aspectos insuficientemente considerados (como las políticas activas).

2. Elementos básicos de la reforma: despidos y flexibilidad interna

Los dos puntos fundamentales de la reforma introducida por el RDL 3/2012 son los cambios que se hacen en el sistema de despido y en la regulación de la flexibilidad interna.

Los cambios introducidos en el sistema de despido se pueden ver como una transformación dentro de la tradición del Estatuto de los Trabajadores, pues su piedra angular es que, cuando haya razones económicas para despedir, la indemnización que normalmente pague la empresa sea la de procedencia, que asciende a 20 días de salario por año trabajado (con un máximo de un año de salario). Para ello, se ha optado por la misma vía que

tomó la reforma de 2010¹: redefinir las causas económicas para despedir. Es importante recordar que, en la reforma de 2010, la causa económica para despedir se ligaba a pérdidas actuales o previstas y a caídas permanentes de los ingresos, y asumía la jurisprudencia del Tribunal Supremo aludiendo explícitamente a que el despido fuera razonable². Durante la discusión parlamentaria del verano de 2010, se trató la posibilidad de precisar más la definición de las causas económicas que daban lugar al despido; incluso se habló de introducir un periodo de seis meses de pérdidas, pero finalmente esa vía de una mayor precisión se abandonó. La reforma de 2012 ha optado por una redacción en la que a la caída de los ingresos ha añadido la de las ventas, estableciendo un umbral numérico para que se consideren permanentes (tres trimestres). A esto se añade que todos los contratos indefinidos quedan unificados en cuanto a la indemnización de improcedencia, que queda en 33 días de salario por año trabajado, con un máximo de 24 mensualidades, la más baja de las dos que había vigentes para el caso de improcedencia en los contratos indefinidos³.

¹ Véase García-Serrano *et al.* (2010b) para un análisis de los cambios de la reforma de 2010 en los despidos y negociación colectiva.

² La razonabilidad del despido significa que el juez no debería entrar a discutir si el despido es la última y única vía para solucionar un problema económico de la empresa, sino que, aun existiendo otros caminos de ajuste, el despido es en ese caso una decisión posible dentro de una gestión empresarial normal.

³ Estas ya eran las indemnizaciones de improcedencia para los contratos indefinidos de la reforma de 1997. Los contratos indefinidos ordinarios han tenido hasta el RDL 3/2012, una indemnización de 45 días de salario por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades.

* Versión: 20 de febrero de 2012.

** Universidad de Salamanca.

¿Son estos cambios relevantes? Sí, incluso puede ser el principio del final del uso desvirtuado del sistema de despido en España⁴, algo que ha acompañado a toda la vida del Estatuto de los Trabajadores y que también era habitual con la normativa laboral franquista (Malo, 2005). Ya tras la reforma de 2010 ha habido un descenso en el uso del “despido exprés” de en torno a diez puntos porcentuales en el total de despidos realizados. La mayor precisión de la definición económica puede hacer que se acabe el sinsentido de que, incluso en momentos económicos tan críticos como los que vivimos desde 2008, más de la mitad de los despidos se hayan estado tramitando como improcedentes (Malo y González-Sánchez, 2010). La derogación de la tramitación del despido a través de la Ley 45/2002 (el “despido exprés”) complementa la aclaración de la definición del despido económico.

No obstante, hay que tener en cuenta que una definición legal de este tipo donde se prueba es en la práctica de todos los días y tendremos que ver si realmente es efectiva o no. En el futuro, en el caso de los trabajadores de elevada antigüedad, podrá resultar atractivo intentar que el despido sea declarado como improcedente por un tribunal, para intentar obtener una indemnización no de un año de salario sino de dos años (los nuevos máximos de procedencia e improcedencia, respectivamente). Esta será o no una opción atractiva en función de cuál sea la interpretación que los jueces hagan de dicha normativa. Pero este incentivo a intentar la improcedencia, también puede suceder para antigüedades que no sean elevadas y, por tanto, comenzar a producirse en poco tiempo. Por ejemplo, alguien despedido con cinco años de antigüedad y un sueldo diario de 40 euros, con la indemnización de procedencia tendría 4.000 euros y con la indemnización de improcedencia 6.600 euros. Si la interpretación de los jueces en general se sigue anticipando como de una elevada probabilidad de improcedencia, entonces los acuerdos previos a llegar a juicio tomarán como referencia la indemnización de improcedencia, como sucedía antes del “despido exprés” (Malo, 2000). Esto supondría, con todo, una rebaja de los costes esperados del despido en las empresas, pero la brecha en

⁴ En García-Serrano *et al.* (2010a) se proponía precisamente como esencial acabar con el uso desvirtuado del sistema de despido en España y se señalaba como el mejor camino que las causas económicas estuvieran definidas, de manera que realmente se pudiera despedir de forma procedente por causas económicas cuando éstas existiesen. Esto colocaría como referencia de todo el sistema de despido la indemnización de 20 días de salario por año trabajado. Como se aprecia esto está en línea con lo realizado en la reforma de 2012. García-Serrano *et al.* (2010a) añadían, no obstante, la necesidad de un sistema austriaco parcial, a fin de cerrar totalmente la brecha de costes de despido respecto de los temporales, acabando con este incentivo para la dualidad del mercado de trabajo.

los costes de salida entre temporales e indefinidos seguiría siendo sustancial.

Por el lado de los despidos colectivos, se ha eliminado la singularidad española de la autorización administrativa previa, que otorgaba a la Administración Pública una capacidad de intervención que no tiene sentido en un sistema de relaciones moderno y democrático, en el cual lo más coherente es el control judicial a posteriori. Esta autorización también creaba una capacidad de presión para dar lugar a indemnizaciones en ocasiones mucho más allá de los 20 días de salario por año trabajado, lo cual ha dado lugar a la paradoja de una mayor facilidad para hacer los Expedientes de Regulación de Empleo (ERE) en las expansiones en vez de en las recesiones. La razón es que en las expansiones las empresas disponían de fondos suficientes para pactar el despido colectivo con indemnizaciones relativamente elevadas. Esto es contradictorio con la función del ERE como instrumento para hacer un gran ajuste de plantilla en la empresa cuando las cosas van mal, algo que la reforma de 2012 puede ayudar a ir corrigiendo. Por último, la clarificación de los ERE en las Administraciones Públicas y empresas públicas era necesaria, pues, aunque eran posibles, se carecía de una verdadera adaptación de las definiciones legales a las situaciones propias de las Administraciones Públicas en particular y del sector público en general.

Hay que lamentar que se cierre en el RDL 3/2012 la puerta a un sistema austriaco de indemnizaciones, si quiera parcial. Es cierto que en el momento actual esto se ha probado como impracticable (pues necesitaría de una re-estructuración de todas las cotizaciones empresariales, algo que resulta difícil en el momento económico actual). Sin embargo, también es cierto que si no se implementa este sistema seguirá habiendo una brecha en costes de despido entre indefinidos y temporales, lo cual es un incentivo a mantener la dualidad en el mercado de trabajo. No obstante, si de verdad la nueva regulación del despido generaliza como normal la indemnización de 20 días, cuando realmente haya causas económicas, la brecha de costes de despido será mínima, de tan sólo ocho días de salario por año trabajado (al llegar a contar con 12 días de indemnización los contratos temporales, gracias a la reforma de 2010). Incluso si la nueva definición de despido económico procedente no fuese totalmente efectiva, un sistema austriaco parcial podría paliar que, en el uso práctico de la normativa, la indemnización de referencia siguiera siendo la de improcedencia, reduciendo también en ese caso la brecha en los costes del fin de la relación laboral entre temporales e indefinidos.

Por lo que respecta a la segunda cuestión clave, la flexibilidad interna, ésta se articula en dos ejes: negocia-

ción colectiva y modificación de las condiciones de trabajo. En estos dos ámbitos, la intención de los cambios es que, ante una mala situación económica, la empresa tenga más herramientas de ajuste que el despido, a fin de romper el comportamiento tradicional de ajuste de las empresas españolas desde finales de los setenta y principios de los ochenta del siglo pasado.

En cuanto a movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, el nuevo texto parece, a primera vista, muy garantista, pues remite de forma continua a la consulta y negociación con los representantes de los trabajadores. Sin embargo, no conviene perder la perspectiva de que eso sólo sucede en el caso de ser una alteración colectiva (con los mismos límites para ello que los ERE), algo que sin duda será la situación menos frecuente frente a la individual (que se da por debajo de esos umbrales). Queda, por tanto, directamente en manos del empresario la decisión sobre las condiciones de trabajo. Esto debería permitir una gran capacidad de adaptación a los malos momentos del ciclo económico sin recurrir a despidos, lo cual indirectamente debería fomentar a medio plazo el uso de la contratación indefinida frente a la temporal. Ahora bien, no deja de ser preocupante la posibilidad de que los individuos queden a merced de decisiones que no tienen por qué entender correctamente, ni qué derechos les protegen frente a eventuales arbitrariedades y oportunismos. Aquí, la acción de los sindicatos, operando directamente en las empresas y proporcionando información y apoyo en estos casos, puede estar llamada a ser fundamental y a constituirse en el futuro cercano en uno de sus principales campos de actuación.

Por el lado de la negociación colectiva, hay cambios importantes, pero no parecen haber sido realizados para transformar la estructura de la negociación colectiva, sino con el objetivo de dotar de flexibilidad interna a las empresas, por lo que tienen la misma lógica que las transformaciones descritas en el anterior párrafo (y, por tanto, una cierta continuidad de fondo con la reforma de 2010). Los dos cambios principales de la negociación colectiva en términos de la flexibilidad interna son: un nuevo límite a la ultractividad y el “descuelgue” respecto de las condiciones pactadas en convenios de ámbito superior al de la empresa.

En primer lugar, se articula tanto un límite estricto a la ultractividad (dos años), sin que ese límite esté relacionado con la duración previa del convenio. Esto es una diferencia relevante respecto de la reforma laboral anterior, que establecía un límite más largo para los convenios que habían tenido una duración previa mayor. Esto generaba el contrasentido de que fomentaba la inercia temporal de

los convenios que más tiempo habían permanecido vigentes.

En segundo lugar, también incluye el RDL 3/2012 una nueva regulación del “descuelgue” respecto de los convenios de ámbito superior a la empresa. Ese descuelgue o inaplicación aparentemente se ve facilitado, hasta que se analiza qué sucede en caso de desacuerdo. El desacuerdo tiene toda una serie de etapas que pueden convertir el proceso en algo difícil y poco atrayente. Resultará sin duda más atractiva la vía de conseguir un descuelgue de facto, a través de un convenio de empresa, al habersele dado prioridad aplicativa respecto de cualquier otro convenio para salarios, complementos, compensación por horas extraordinarias y trabajo a turnos, horarios, distribución de la jornada, planificación de las vacaciones, etc. Como se ve, son temas absolutamente cruciales para los resultados de la empresa y para su capacidad de adaptación a los vaivenes del ciclo económico. Por consiguiente, la verdadera vía de flexibilidad no será el procedimiento para el descuelgue sino la negociación de convenios de empresa por parte de aquellas empresas que consideren que los acuerdos pactados en otro ámbito les plantean restricciones relevantes.

3. Lo que falta

La reforma de 2012 presenta una concepción corta de las políticas activas y no las plantea como una estrategia de conjunto para cubrir los problemas que pueden surgir de una mayor flexibilidad. Todo lo que dice sobre el nuevo derecho a la formación puede quedar en nada (casi todo depende de futuros desarrollos legales) y el contrato de aprendizaje y formación puede seguir siendo lo que siempre ha sido: una vía para contratar barato a jóvenes desarrollando el mínimo de formación posible. Persiste la insistencia en las bonificaciones como parte esencial de las políticas activas. Sin embargo, si algo sabemos es que, cuando son generalizadas, apenas son efectivas y tienen un considerable efecto de “peso muerto” (Toharia, 2009).

Esto disequilibra la reforma de 2012 en un sentido: si se desea un sistema que proporcione flexibilidad a las empresas hay que procurar que haya medidas que compensen los problemas que crearía esa flexibilidad al aumentar las transiciones y la rotación laboral. Con otras palabras, en medio de un recrudescimiento de la recesión, los cambios en el coste del despido pueden generar ahora más despidos (por mucho que a medio y largo plazo el cambio introducido sea deseable). Las políticas activas son las que vienen a llenar ese hueco. El nuevo papel de

las Empresas de Trabajo Temporal como verdaderas agencias de colocación ayudará, pero ni de lejos es suficiente. Se necesita una gran transformación de los servicios públicos de empleo, que ya estaba en marcha, que fue favorecida por la reforma de 2010 y las medidas adicionales de 2011, y que el ajuste fiscal de las comunidades autónomas puede liquidar con serias consecuencias a largo plazo para los servicios públicos de empleo.

La intermediación laboral pública debería basarse en una fuerte especialización de su personal, para lo que se requeriría cambiar la forma de acceso a los puestos de orientadores laborales. Deberían ser no sólo asesores sino también concededores de las economías locales, con contactos con el empresariado local, ofreciendo directa y activamente a las empresas servicios de intermediación (y no sólo a las personas paradas). También la formación debe transformarse para que la unidad de organización deje de ser el curso y se engarce plenamente en una intermediación laboral personalizada, guiada por el orientador laboral. Los cursos y programas de formación no deben tener sólo un control de legalidad del gasto, sino que han de estar sometidos a evaluaciones (con grupo de control) de su eficacia. Que en el RDL 3/2012 no haya ni una sola palabra sobre la evaluación de la formación es algo que debería inquietarnos a todos los especialistas.

Finalmente, en medio de la implementación de medidas de ajuste fiscal, sólo las políticas activas tienen potencial para generar un efecto expansivo que compense más que otras políticas, los impactos recesivos de las restricciones fiscales⁵.

4. Conclusiones

La de 2012 es una reforma profunda y será determinante, más que nada en los despidos y las indemnizaciones. Está en el camino de cerrar la brecha de los costes de despido, aunque la temporalidad está arraigada en la estructura de puestos de trabajo y su reducción será lenta y paulatina (en especial, en las grandes empresas⁶). Sí que puede generar flexibilidad interna y cambiar la tradicional

⁵ Las políticas activas tienen un efecto expansivo por dos vías (Charpe y Kühn, 2011; Bridji y Charpe, 2011): la usual del gasto y el incremento que generan en eficiencia de la función de *matching* o emparejamiento (de vacantes y parados).

⁶ Conviene recordar que a pesar de la presunción habitual, ya hace años que la tasa de temporalidad en las empresas grandes es mayor que en las pequeñas, si bien la actual recesión ha cerrado buena parte de esta distancia (Malo y González-Sánchez, 2010).

pauta de hacer ajustes despidiendo en lugar de alterando salarios, horas de trabajo, etc. Así, se sentarían las bases para que la segmentación no sea una opción deseable para las empresas, pero es algo que no podrá verse más que a medio y largo plazo.

Es una reforma que promueve sin duda la flexibilidad, y lo hace desde dentro de las líneas básicas del sistema de relaciones laborales español, lo cual, a mi juicio, facilita su aplicación y desarrollo con menores probabilidades de incoherencias internas o interacciones insospechadas con otras partes de la normativa laboral.

Pero no es una reforma equilibrada, porque si la flexibilidad interna no termina de funcionar, la reforma puede dar lugar a más transiciones del empleo al desempleo. Por eso, deberían haberse potenciado de forma decidida las políticas activas, para reducir los periodos de paro y facilitar la transición del paro al empleo, especialmente entre los no cualificados, que son los que están perdiendo posiciones a pasos agigantados en esta crisis, sumadas a las pérdidas de empleo no recuperadas que han acumulado en otras crisis anteriores (Garrido, 2012; sección 2.1). La "recreación" o "refundación" del contrato de formación y aprendizaje corre el riesgo de crear una nueva versión de un contrato que tienen muy poco de formación y aprendizaje y, junto con el nuevo contrato indefinido para emprendedores, mucho de subvención y bonificación a la empresa y con mucho de "peso muerto" para el conjunto del mercado de trabajo (y un peso muy vivo para el presupuesto público). Ese dinero, que sabemos que será sobre todo un peso muerto de las contrataciones en estos tiempos de escasez, puede y debe usarse para transformar y volver eficaces los servicios públicos de empleo. El "nuevo" derecho a la formación no deja de ser algo todavía "vaporoso", que tendrá que aterrizar con claridad en el desarrollo institucional de un buen sistema de formación que no se centre tanto en los ocupados y se fije mucho más en los parados.

¿Y ayudará esta reforma a crear empleo? No de forma clara. Como casi todos los cambios legales en la normativa de protección del empleo, la reforma de 2012 afectará no tanto al nivel de empleo como a su variabilidad, a las transiciones del empleo al desempleo y viceversa. Y si es efectiva, también afectará a la variabilidad de los salarios y a la distribución de las horas trabajadas. Es decir, incluso sin alterar mucho el empleo afectará de forma clara al bienestar de los trabajadores y al funcionamiento de las empresas. Sí es posible que disminuya la varianza total del empleo y del paro, aumentando la de algunos y disminuyendo la de otros, siempre que la reforma sea efectiva para que se hagan más ajustes en términos de salarios, distribución de jornada y horas de trabajo. En caso contra-

rio, aumentaría la varianza del empleo de los indefinidos (por la disminución de las indemnizaciones) sin reducir la de los temporales.

Así pues, la apuesta de la reforma de 2012 por el funcionamiento de la flexibilidad interna es muy grande, más aún por la falta de medidas para facilitar una transición más rápida hacia un nuevo empleo. Por tanto, sería más que conveniente tratar mejor el tema de las políticas activas (muy en especial, la intermediación pública) en el trámite parlamentario para convertir el RDL 3/2012 en ley.

Bibliografía

- BRIDJI, S. y CHARPE, M. (2011), "Active labour market policies, search costs and positive fiscal multiplier", International Institute for Labour Studies, ILO. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/download/active.pdf>
- CHARPE, M. y KÜHN, S. (2011), "Effective employment policy under tight fiscal constraints: An application using the GEL model", International Institute for Labour Studies, ILO. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/download/special.pdf>
- GARCÍA-SERRANO, C., MALO, M.A. y PÉREZ-INFANTE, J.I. (2010a), "Para una reforma laboral negociada", *Relaciones Laborales*, 9 (XXVI): 139-162.
- GARCÍA-SERRANO, C., MALO, M.A. y PÉREZ-INFANTE, J.I. (2010b), "Dos cuestiones clave de la reforma laboral: Despidos y negociación colectiva", *Temas Laborales*, 107: 53-85.
- GARRIDO, L. (2012), "Para un diagnóstico sobre la formación y el empleo de los jóvenes". Foro Cívico. Disponible en: http://www.circulocivicodeopinion.es/?p=Documentos_e_informes&s=documento_2
- MALO, M.A. (2000), "A simple model of severance pay determination: the case of individual dismissals in Spain", *Labour*, 14 (2): 269-290.
- MALO, M.A. (2005), "La evolución institucional del despido: Una interpretación en términos de un accidente histórico", *Revista de Historia Económica*, 23(1): 83-115.
- MALO, M.A. y GONZÁLEZ-SÁNCHEZ, J.J. (2010), *Análisis comparado de los procedimientos de despido: Perspectiva económica y jurídica*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid.
- TOHARIA, L. (director) (2009), "El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social: Un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional", FIPROS, Seguridad Social. Disponible en: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/115801.pdf>