



Estudio jurídico de la Ley de Reforma Laboral

Imparten:

Joaquín García Murcia, catedrático de Derecho del Trabajo

Marina Pineda González, abogada de UGT Asturias

Joaquín García Murcia:

1.- Tal vez en algún momento la "reforma laboral" --esto es, la reforma de la legislación o de las instituciones laborales-haya parecido un acontecimiento único e irrepetible, como un gran fogonazo sobre la imagen tradicional del Derecho del Trabajo. Pero la reforma, hoy en día, y a la vista de la experiencia de los últimos años, no puede concebirse de esa manera. A decir verdad, la reforma es, más bien, una constante en la legislación laboral de las últimas décadas, uno de los rasgos característicos de un ordenamiento que, como el laboral, está cumpliendo

ahora su primera centuria. Cambio o transformación han existido siempre en el Derecho del Trabajo, desde los tiempos de su emergencia; si bien se mira, la historia del Derecho del Trabajo es la historia de un continuo intento o proceso de adaptación a los nuevos escenarios económicos y sociales. De ahí que siempre sea conveniente acercarse a las operaciones de reforma con cierto escepticismo, pues en realidad en ellas no suele estar en juego ni la esencia ni la existencia del Derecho del Trabajo.

Con todo, también es cierto que la intensidad y la extensión de los cambios de los últimos tiempos no tiene parangón en el pasado, desde cualquier punto de vista. ¿Cuál es la explicación?. Como suele ocurrir en este tipo de fenómenos, las causas son complejas, y en todo caso no susceptibles de una descripción exhaustiva, mucho menos apresurada. Pero no cabe duda de que en el trasfondo de las mutaciones experimentadas por el Derecho del Trabajo en los últimos tiempos se encuentra la constante transformación del sistema productivo, no sólo porque ofrezca imparablemente nuevos productos o servicios, o porque descubra a cada instante nuevas formas de producir, sino también porque reclama una capacidad de adaptación y una velocidad de respuesta a las demandas incompatible con los modos tradicionales, basados en gran medida en la programación a largo plazo, en la estabilidad de los consumos y en la permanencia de unas mismas pautas de funcionamiento por parte del mercado. En definitiva, hoy más que nunca se aprecia que el sistema productivo --el sistema económico y hasta el sistema social, podría decirse-- es un sistema móvil y cambiante, que sólo puede funcionar en un entorno de esas mismas características, esto es, en un entorno flexible.

La flexibilidad del sistema, he aquí el punto de llegada; en especial, la flexibilidad del marco normativo, como uno de los principales factores a los que las relaciones económicas y sociales han de sujetarse. Flexibilidad para que las decisiones puedan cambiarse o modularse de acuerdo con las exigencias de cada momento, flexibilidad para que, en definitiva, quien asume la puesta en marcha de una empresa pueda dirigirla conforme a

los nuevos y cambiantes requerimientos del mercado, esto es, conforme a los designios de la demanda y conforme a los dictados de la rentabilidad económica, que es tanto como decir conforme a las exigencias de la competitividad económica y empresarial. ¿La legislación laboral al servicio de la economía y de la empresa?. ¿Una paradoja?. ¿Un contrasentido?. ¿Una barbaridad?.

2.- Aparentemente eso es algo inexplicable, tanto por los fines que se han atribuido y suelen atribuirse al Derecho del Trabajo (tutela del trabajador, compensación de su debilidad frente al empresario) como por el devenir tradicional de ese conjunto normativo (pendiente sobre todo de limitar los poderes empresariales y de afianzar la posición del trabajador frente a la parte empresarial). Sin embargo, las cosas son mucho más complejas, y los juicios y valoraciones quizá deban serlo también. Por lo pronto, de nada sirve un Derecho del Trabajo ambicioso desde el punto de vista social si no cuenta con un sustrato económico rentable sobre el que poder proyectarse, o dicho de otra forma: las normas laborales teóricamente perfectas suelen ser normas inútiles cuando no se acomodan a la realidad del momento. Las primeras normas laborales en España (que probablemente ni siquiera eran perfectas), o las normas actualmente vigentes en muchos países en vías de desarrollo (que quizá se ajusten más a un modelo ideal de Derecho del Trabajo), suministran buenos ejemplos de esa ineficacia por desajuste.

Por otra parte, poco significaría el Derecho del Trabajo sin la organización productiva. Hoy en día, la norma laboral llega desde luego a lugares ajenos al mercado, como la Administración pública, el trabajo doméstico, el trabajo penitenciario, el trabajo para organizaciones sociales o el trabajo con fines de inserción social y profesional, por citar sólo algunos ejemplos. Pero el grueso de su campo de aplicación sigue siendo la economía productiva de bienes y servicios en régimen de mercado, por la sencilla razón de que el grueso del empleo asalariado se origina en ese mercado; es ése también el empleo que suele proporcionar al trabajador mayores posibilidades de

carrera y promoción profesional y social. ¿Cómo dar las espaldas al mismo?. ¿Cómo no facilitar el funcionamiento rentable y competitivo de las unidades que operan en dicho mercado?. ¿Cómo no atender a las posibilidades de trabajo que todo ese entramado puede generar?. Hasta que no haya alternativas más eficientes para procurar medios de vida a la población carente de otros medios de ingresos no habrá razones creíbles para desentenderse de la viabilidad de la empresa.

3.- No es cierto, por lo demás, que el proceso de cambio y flexibilización experimentado por la legislación laboral en las últimas décadas haya prescindido por completo de los principios típicos y tradicionales del Derecho del Trabajo. A poco que se repare en su contenido es fácil llegar a la conclusión de que las reformas laborales de los últimos tiempos no tienen un sentido unidireccional. Aunque su aspecto más vistoso, y más criticado también, haya sido el de adaptación más o menos intensa a los requerimientos de la economía y de la empresa, no debe olvidarse que en la mayor parte de las operaciones de reforma, y desde luego en muchas de las normas que de una manera un poco más dispersa y asistemática han aparecido entre el tramo final del siglo XX y los comienzos del siglo XXI, se ha procedido a una mejora sustancial de determinados derechos básicos del trabajador, tal vez de los que más afecten a su faceta como persona: igualdad y no discriminación, intimidad, creencias e ideología, seguridad y salud en el trabajo, formación y promoción profesional, atención a la familia, etc.

Podrá dudarse, por supuesto, de la virtualidad y eficacia de tales derechos en determinados contextos o situaciones, o de los dificultades que cotidianamente puede encontrar el trabajador para hacerlos efectivos. Pero ése es ya un problema de aplicación, que se distancia de la regulación propiamente dicha y que remite a los instrumentos de control y vigilancia de la norma laboral, o, si se quiere, a los instrumentos de ordenación (en todos los sentidos) del sistema de relaciones laborales. Y en ese terreno la evaluación del analista también tiene que ampliar sus puntos de mira. Ya no vale una mera valoración de la norma sino que es preciso interrogarse sobre la capacidad de

vigilancia de la Administración pública (estatal pero también autonómica), sobre la efectividad de los medios de resolución de litigios y reclamaciones (jurisdiccionales pero también no jurisdiccionales) y sobre la implantación y efectividad de los instrumentos sindicales y de representación de intereses colectivos.

Porque ésta es otra de las tendencias del moderno Derecho del Trabajo: la ampliación de los resortes de actuación colectiva de los trabajadores, asentada --porque si no fuera así no tendría sentido, ni mayor alcance-- sobre el previo reconocimiento de los derechos de libertad sindical, que entre nosotros se sitúa en la Constitución de 1978. La constante apertura de espacios en favor de la negociación colectiva, la notable ampliación de las competencias de los representantes de los trabajadores en la empresa, o la progresiva atribución de facultades a los interlocutores sociales para la creación de medios no jurisdiccionales de solución de conflictos, son algunas de las manifestaciones de ese proceso. Que la negociación colectiva tiene sus limitaciones (no sólo jurídicas, sino también de "gestión" o estrategia), que las representaciones de los trabajadores en las empresas y centros de trabajo no siempre están en condiciones de exigir o presionar, o que las instituciones laborales de carácter voluntario (medios de solución, comisiones de seguimiento, instancias de formación, etc.) no pueden jugar más que un papel secundario o complementario, puede ser cierto. Pero una buena valoración del fenómeno requiere, en todo caso, pulsar más teclas de las que habitualmente se manejan.

4.- La referencia al papel de los interlocutores sociales nos conduce inevitablemente a otro importante aspecto de la reforma laboral: el diálogo o la concertación social. Siempre se ha dicho que los procesos de modificación o adaptación de la normativa laboral debe dar cabida a los agentes sociales (que son las representaciones profesionales de trabajadores y empresarios, esto es, de los principales destinatarios de la norma), por razones de justicia y también por razones de efectividad (pues de otro modo se generan riesgos de rechazo o mala aplicación). Todo eso sigue siendo válido, por supuesto, sin perjuicio de las

competencias normativas de los correspondientes poderes públicos. No hay duda de que la mejor reforma es la reforma pactada o consensuada, por éstos y por muchos otros motivos que a poco que se piense podrían traerse a colación.

Que ello debe ser así lo han tenido en cuenta, generalmente, los Gobiernos de turno. En un balance global, no debe haber ningún empacho en decir que España cuenta con una larga tradición de diálogo social --"concertación social" era la expresión al uso hasta la llegada de la terminología comunitaria--, empezando por la preparación de la legislación laboral postconstitucional (el Estatuto de los Trabajadores, para ser más exactos), y concluyendo con las conocidas reformas de la segunda parte de los años noventa: entre uno y otro polo pueden citarse desde luego muchos ejemplos de normas acordadas con los interlocutores sociales, e incluso ejemplos de concertación solamente "bilateral" (como la ley de "control sindical" de los contratos, o la última reforma masiva del contrato a tiempo parcial, pactadas en exclusiva con los sindicatos).

Con todo, también es cierto que la concertación social ha atravesado en nuestro país por coyunturas muy distintas y desiguales; no son desconocidos, en efecto, los supuestos en que dicha práctica o bien ha sido ignorada de entrada o bien ha finalizado con un entero fiasco. Las reformas laborales del bienio 1993/1994 y las de los años 2001 y 2002 tal vez sea los ejemplos más paradigmáticos de ese fracaso. La tradición y el indudable valor del consenso social hizo, sin embargo, que esas normas no pactadas pagaran un precio muy alto. Los costes que la reforma de aquel primer bienio acarreó en la esfera política, y en las relaciones político-sindicales, ya son historia, pero no por ello se habrán olvidado. Los costes que ha supuesto al Gobierno actual la operación reformadora del año 2002 están aún muy presentes en la mente de todos como para proceder ahora a una descripción detallada de los mismos.

5.- La "forma de la reforma" no es, por tanto, indiferente, ni mucho menos; si toda acción política y de Gobierno debe ser cuidadosa y respetuosa en las formas --fortiter in re, suaviter in modo, decía el clásico-- más aún debe serlo cuando están en

juego reglas tan delicadas para las relaciones sociales y la estabilidad social como las que se dedican al empleo y al trabajo. Por ello sorprende también el recurso generalizado al instrumento "decreto-ley" en las operaciones de reforma. Puede que en algún caso sea loable el propósito de dar efectos inmediatos a una determinada programación sobre el mercado de trabajo o las relaciones laborales; pudieran compartirse, asimismo, los objetivos de rápida eliminación de incertidumbres e incógnitas que a veces se han barajado para sustentar ese tipo de regulación gubernativa. Pero es claro que difícilmente se dan en estos contextos los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad de los que habla el art.86 de la Constitución.

Lo más criticable, en cualquier caso, es que las normas aprobadas por ese procedimiento suelen carecer de la reflexión, madurez y riqueza técnica que siempre aporta el proceso legislativo; la urgencia muchas veces se traduce, en efecto, en normas deficientes en su forma, escasamente logradas en su contenido, y perturbadoras desde el punto de vista de la estructura del ordenamiento jurídico. Mucho peor, además, es que la urgencia no venga motivada más que por una frustración coyuntural en los correspondientes procesos de negociación y concertación de la norma. En el uso innecesario o desmedido del decreto-ley, sin embargo, nadie seguramente queda libre de pecado, desde los distintos partidos que han tenido responsabilidades de Gobierno hasta las propias organizaciones de empresarios y trabajadores, que en ocasiones se han prestado también, al menos tácitamente, a la utilización de dicha fórmula.

Ejemplos de ello pueden ponerse muchos. Si en el procedimiento seguido para las reformas de los años 1997 (fomento de la contratación indefinida) y 1998 (trabajo a tiempo parcial) pudieron influir las posiciones sindicales, la utilización del decreto-ley en la última de las que se han llevado a cabo (RDL 5/2002, de 24 de mayo) es imputable en exclusiva al Gobierno. El uso de esa fórmula es, pues, el primer aspecto criticable de esa nueva disposición normativa, actualmente -tras su oportu-

na convalidación-- en fase de tramitación como proyecto de ley en el Parlamento.

6.- El RDL 5/2002 -la última reforma "laboral-social" acometida hasta el momento-procedió a una amplia serie de modificaciones en la legislación social bajo el rótulo general de "medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad". Suficientemente conocidas ya, a estas alturas, sus grandes líneas de regulación y sus motivaciones básicas, así como las singulares circunstancias que estuvieron presentes tanto en su fase de elaboración como en el momento de entrada en vigor, vale la pena ahora proceder a una sucinta descripción de su contenido (con la necesaria advertencia de que, si culmina el proceso iniciado a tal efecto, tal contenido puede experimentar algunos cambios de envergadura a resultas de su tramitación parlamentaria, sobre todo en los aspectos más cuestionados por las organizaciones sindicales).

Sin duda, el núcleo de esta reforma se encontraba en la modificación de diversos preceptos de la LGSS dedicados a la protección por desempleo. A tenor de las reacciones suscitadas, y de los debates que han tenido lugar a raíz de las mismas, la modificación más significativa seguramente es la referida a las obligaciones de los "trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones de desempleo", desde el momento en que entre ellas pasan a incluirse dos de singular exigencia: la de "suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad", y la de "buscar activamente empleo, participar en acciones de mejora de la ocupabilidad, que se determinen por el Servicio Público de Empleo, en su caso, dentro de un itinerario de inserción". Como fácilmente puede comprenderse, son cambios que tratan de vincular en mayor grado que antes la percepción de prestaciones de desempleo a una más clara disponibilidad hacia el trabajo. Tales cambios han motivado a su vez la reforma de algunos preceptos de la LISOS, con el fin de adecuar a esa nueva situación normativa el régimen de infracciones y sanciones en esta materia.

Una segunda serie de reformas importantes se refiere al acceso a las prestaciones de desempleo a resultas del "despido", acontecimiento éste que ya se configura, sin más, como situación legal de desempleo susceptible de protección, sin necesidad de esperar a su calificación judicial (como improcedente): "en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo", de tal manera que "el ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación". Se asume así la tesis tradicional de la jurisprudencia que es la decisión del empresario, y no la sentencia (en su caso), la que produce la extinción del contrato. De especial interés es la incidencia de la reforma en la generación de derecho a prestaciones de desempleo o a salarios de tramitación, cuestión que, según todos los indicios, va a sufrir modificaciones por parte de la ley resultante de la tramitación parlamentaria del RDL 5/2002.

El resto de esa disposición legal -de gran extensión, ciertamente- contiene reglas muy variadas, aunque todas ellas dirigidas a una notable reorientación de la protección por desempleo: reglas sobre abono y posible compatibilidad de las prestaciones y subsidios de desempleo, encaminadas formalmente a potenciar la dimensión "activa" del sistema de protección en detrimento de su tradicional concepción "pasiva" o meramente reparadora; reglas sobre los requisitos de percepción y disfrute del subsidio de desempleo, que tratan de garantizar que se perciban dichos subsidios exclusivamente en situaciones de necesidad, con la finalidad última de evitar actuaciones de fraude o abuso; reglas sobre configuración y puesta en marcha de programas de renta activa de inserción (utilizados ya desde el año 2000 y encaminados a la mejora de las posibilidades y oportunidades de empleo), y reglas para extender los mecanismos contributivos a la protección del desempleo agrícola, que toman como referencia la protección general del desempleo y que entrañan un cambio sustancial respecto de las prestaciones asistenciales que desde hace tiempo se vienen concediendo en

algunas Comunidades Autónomas (Andalucía y Extremadura) para esa situación.

A la vista de su contenido puede llegarse a la conclusión de que la última de las grandes reformas llevadas a cabo en nuestra legislación social -la del RDL 5/2002, y con toda seguridad, la de la Ley que lo sustituya- actúa sobre la norma laboral tan sólo por vías colaterales o tangenciales. Con la señalada excepción de los "salarios de tramitación" (que constituyen desde luego un aspecto importante de la regulación del despido), no es una reforma que aborde propiamente cuestiones laborales (tipo de contrato, condiciones de trabajo, vicisitudes de la relación laboral, etc.), sino más bien cuestiones atinentes a la protección social del desempleado, aunque sea con el mismo objetivo de consecución de un empleo o mejora de las posibilidades de trabajo. Cabría decir, en consecuencia, que el RDL 5/2002 supone una reorientación importante en el sentido de las reformas laborales: ya no se actúa exactamente sobre la relación de trabajo, sino sobre el exterior de la misma, con el objetivo principal de incentivar desde el sistema de prestaciones de desempleo la búsqueda de nuevo empleo o, en su caso, la organización de actividades o la toma de medidas que puedan incrementar las oportunidades y posibilidades de colocación.

Marina Pineda González:

En los últimos meses hemos venido hablando de la "Reforma Laboral" en referencia al R.D.Ley 5/2002, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Protección por Desempleo. Sin embargo, ya con ocasión de las movilizaciones llevadas a cabo en contra de esta reforma, las Organizaciones Sindicales señalaban que esta reforma no es más que la gota que colma el vaso.

Efectivamente, la reforma laboral llevada a cabo en los últimos tiempos ha sido mucho más profunda que la que afecta a la protección por desempleo, que no constituye más que otro paso en la modificación de nuestro sistema de relaciones laborales, aunque sin duda el llamado "Decretazo" es, además del último, el más llamativo y directo recorte de prestaciones sociales.

En este sentido, quiero empezar señalando que en el último año y medio se han ido sucediendo una serie de normas, todas ellas bajo la misma forma de Real Decreto Ley. Esta progresiva reforma se inició en marzo de 2001, con el Real Decreto Ley 5/2001, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad, que introdujo importantes modificaciones en las modalidades de contratación temporal; poco después se suscribió el Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social, que tuvo su posterior reflejo en el Real Decreto Ley 16/2001, de 27 de diciembre y la Ley 35/2002, que establecen el sistema de jubilación gradual y flexible; también el 27 de diciembre de 2001 se aprueba el R.D.Ley que modifica las prestaciones de muerte y supervivencia; al mismo tiempo, en la Ley de Medidas Fiscales y del Orden Social se incluyen otra serie de reformas que afectan a diversas prestaciones de Seguridad Social y otras cuestiones laborales; por último, en mayo de 2002, este proceso culmina, al menos de momento, con el tan citado R.D. Ley 5/2002, que reforma la protección por desempleo.

Todo este elenco normativo ha modificado profundamente la legislación laboral, incluyendo el sistema de Seguridad Social,

avanzando en una progresiva "liberalización" del mercado de trabajo, constituyendo lo que denominaremos la "reforma laboral".

Dada la amplitud de esta reforma de la normativa laboral, voy a centrarme únicamente en aquellas cuestiones que en mi opinión pueden tener una mayor trascendencia a nivel sindical, que tal vez no sean las de mayor relevancia jurídica, pero que en mi opinión son las que pueden resultar más significativas en el día a día del quehacer sindical, pues son precisamente las que, al menos desde los Servicios Jurídicos de UGT- Asturias, se están detectando como más problemáticas y objeto de mayor número de demandas por parte de los trabajadores que a diario contactan con nosotros.

1º.- Supresión de los salarios de tramitación

El primero de estos aspectos es el que en el proyecto de reforma se denominaba eufemísticamente "automaticidad en el pago de las prestaciones". Es decir, la supresión de los salarios de tramitación.

Efectivamente, el Decreto suprime los salarios de tramitación en todos aquellos casos en que el despido de un trabajador resulte improcedente sin que sea readmitido por la empresa, lo que en la práctica supone la supresión casi total de los salarios de tramitación, toda vez que la inmensa mayoría de las reclamaciones por despido finalizan con la no readmisión del trabajador. Esta supresión de los salarios de tramitación no sólo supone una importante disminución en las cantidades que el trabajador ha de percibir como compensación por su despido improcedente - disminución más significativa cuanto menor sea el tiempo de permanencia del trabajador en la empresa - sino que conlleva además una serie de perjuicios añadidos para el trabajador:

- La pérdida de los salarios de trámite no sólo es una pérdida económica para el trabajador, sino que además se pierde el tiempo de cotización que conllevaban estos salarios, lo

que supone un menor tiempo total de protección y, en algunos casos, si el tiempo de cotización previa es inferior a un año, la imposibilidad de percibir la prestación por desempleo, con lo que no sólo no existe la citada automatización en el pago de la prestación, sino que tampoco a posteriori se percibe la indemnización por el tiempo que tarda en resolverse la reclamación por despido. Si tenemos en cuenta además que una gran parte de las reclamaciones presentadas por despido derivan de ceses en caso de contratación temporal fraudulenta, resulta que no sólo se está añadiendo un perjuicio más a los trabajadores contratados en precario sino que en realidad se está facilitando la contratación temporal en fraude de ley.

- Se ha dejado totalmente desprotegidos a los trabajadores que son objeto de un despido verbal, y especialmente a los que han sido objeto de un despido tácito por cierre de su centro de trabajo, que son muy numerosos, especialmente en sectores como el Comercio y la Hostelería. El R.D.Ley ha modificado el art. 209 de la Ley General de la Seguridad Social, estableciendo que, en el caso de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario se entenderá por sí misma, y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo. La acreditación de esta situación, según la Disposición Transitoria Segunda, y en tanto se desarrolle reglamentariamente este aspecto, se producirá mediante la carta de despido o, de no existir ésta, el acta de conciliación o Sentencia en que se reconozca la existencia del despido. Ello nos lleva a que el trabajador despedido verbalmente no puede solicitar de inmediato la prestación por desempleo, y debe esperar a obtener un reconocimiento en conciliación ante la UMAC o en su caso a obtener Sentencia. En este último caso, si la Sentencia reconoce la improcedencia del despido, la empresa puede optar por la no readmisión y abonar la indemnización legalmente prevista, con lo que el trabajador pasará a percibir la prestación por desempleo con efectos al día de su cese en el trabajo, tras haber permanecido varios meses sin percibir

cantidad alguna por ningún concepto, y sin que a la empresa le suponga coste alguno la demora en la resolución.

Más grave resulta la situación en el caso de despido tácito por cierre del centro de trabajo y desaparición de la empresa, en cuyo caso ésta no formulará la opción por la indemnización, con lo que se entiende que opta por la readmisión. En este caso, el trabajador ha de solicitar del juzgado la extinción de su contrato de trabajo, que se resolverá tras una tramitación que se prolonga varios meses al tener que realizarse las citaciones a la empresa por edictos en el B.O.P.A., devengándose salarios de tramitación a cargo de una empresa que resultará insolvente, con lo que finalmente el trabajador no percibirá cantidad alguna por ningún concepto durante el tiempo que haya durado la tramitación judicial, dado que también se ha modificado el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, excluyendo de las cantidades aseguradas por el Fondo de Garantía Salarial los salarios de tramitación.

- Otro de los efectos de la desaparición de los salarios de tramitación, que a los tres meses de la entrada en vigor de la reforma ya se está detectando, es el aumento de las incomparecencias empresariales a las conciliaciones por despido, pues al suprimirse la penalización que suponía el abono de los salarios en caso de improcedencia del despido, el empresario puede esperar a que recaiga Sentencia sin que ello le suponga ningún coste, "financiándose" así a costa del trabajador. Por otra parte, se dificulta la solución extrajudicial de las reclamaciones por despido, pues el riesgo que suponía tener que abonar los salarios de tramitación en caso de Sentencia que declarase la improcedencia suponía un acicate para el ofrecimiento de un acuerdo en la conciliación previa. Al suprimir los salarios de tramitación, el empresario en realidad no arriesga nada si el trabajador demanda, lo que le lleva a no ofertar ni siquiera la indemnización legal en la conciliación previa, coaccionando al trabajador para que acepte una indemnización inferior a la que le corresponde, so pena de tener que esperar a que se dicte

Sentencia para percibir la misma cantidad, arriesgándose incluso a una declaración de despido procedente sin indemnización alguna.

- Por último, la supresión de los salarios de tramitación va a suponer una mayor dificultad para verificar cuándo un despido es realmente improcedente, pues la mayor parte de los trabajadores, al no precisarlo a efectos de desempleo, no presentarán reclamación, con lo que su despido nunca será reconocido como improcedente, lo que no solo tiene una trascendencia estadística sino que además, supone una falta absoluta de control sobre las subvenciones y bonificaciones a la contratación, uno de cuyos requisitos suele ser precisamente que no se hayan producido en la empresa despidos declarados improcedentes durante un determinado lapso temporal.

2º.- Modificación de la regulación del contrato fijo-discontinuo

La Ley 12/2001 modificó la normativa reguladora de los trabajadores fijos-discontinuos, desdoblando esta modalidad contractual en dos, con distinta naturaleza jurídica: el contrato fijo-discontinuo para la realización de trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa se considera trabajo a tiempo parcial, mientras que el concertado para la realización de trabajos fijos-discontinuos que no se repitan en fechas ciertas (no periódicos) pasa a constituir una figura autónoma.

Esta modificación, aprobada ya en el Decreto de marzo de 2001, pareció entonces tener un significado meramente formal, pasando desapercibido su verdadero alcance, pero sus efectos se detectaron solo unos meses más tarde: los trabajadores fijos-discontinuos de fechas ciertas contratados tras aquella reforma lo fueron como trabajadores a tiempo parcial, y en consecuencia, se les denegó la prestación por desempleo en el momento en que la solicitaron por interrupción de la prestación de servicios, alegando que no se encontraban en situación legal

de desempleo por tener un contrato en vigor, que no era un contrato de fijo-discontinuo sino de tiempo parcial, por una jornada anual inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable, por lo que no se encontraban en la situación regulada en el art. 208.4 de la Ley General de la Seguridad Social, que establecía el derecho a percibir desempleo a los trabajadores fijos-discontinuos cuando careciesen de ocupación efectiva.

Con la aprobación del R.D.Ley 5/2002 se confirma definitivamente la situación de desprotección en que se sitúa a estos trabajadores, al modificar el art. 208 de la Ley General de la Seguridad Social para especificar que sólo tienen derecho a la prestación por desempleo los fijos-discontinuos a que se refiere el art. 15.8 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, los de fechas no ciertas o no periódicos.

Esta nueva regulación de la prestación por desempleo de los trabajadores fijos-discontinuos podría suscitar algunas dudas en cuanto a su aplicabilidad a los trabajadores con contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la reforma del año 2001, dado que en aquélla se establecía que no afectaría a los contratos celebrados con anterioridad.

Sin embargo, al modificarse el art. 208 LGSS sin establecer ningún régimen transitorio, también han quedado excluidos de la protección por desempleo los trabajadores fijos-discontinuos periódicos o de fechas ciertas contratados antes de la reforma del 2001, que previsiblemente no percibirán la prestación cuando carezcan de ocupación por interrupción de la actividad.

Se consagra por tanto la división de los trabajadores fijos-discontinuos en función de que la actividad que realizan se repita en fechas ciertas o no, con diferente regulación y diferente grado de protección, lo que constituye uno de los motivos por los que se ha instado la declaración de inconstitucionalidad del R.D.Ley 5/2002, al estar basada esta diferencia en motivos absolutamente inconsistentes y carecer de justificación objetiva alguna.

3º.- Incompatibilidad de la indemnización por extinción del contrato con el subsidio de desempleo

La tercera de las cuestiones a destacar en el R.D.Ley 5/2002 es lo que el proyecto denominaba "adecuación del concepto de rentas incompatibles con el subsidio".

Bajo esta denominación se modifica el art. 215 de la Ley General de la Seguridad Social, considerando como rentas computables para determinar el cumplimiento del requisito de carencia de rentas para poder acceder al subsidio por desempleo, dos tipos de ingresos que hasta ahora no se tenían en cuenta a estos efectos:

- Los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50% del tipo de interés legal del dinero.
- La indemnización por extinción del contrato.

La inclusión entre las rentas incompatibles con la percepción del subsidio de desempleo de la indemnización percibida por la extinción del contrato es otra de las causas de inconstitucionalidad por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley alegadas en los diversos recursos planteados ante el Tribunal Constitucional, dado que su inclusión no es automática, sino que depende de ciertas circunstancias. Si la indemnización se percibe en un único pago solo se tendrá en cuenta si su percepción se produce en el año inmediatamente anterior al nacimiento del derecho al subsidio. También se tendrá en cuenta la indemnización para denegar el subsidio si el abono de la misma se realiza de forma diferida, mediante pagos mensuales.

Es decir, el reconocimiento del derecho al subsidio depende de criterios tan inconsistentes como el tiempo de prestación contributiva de desempleo a que el trabajador tenga derecho, la fecha en que el empresario decida hacer efectiva la indemnización e incluso el incumplimiento de esta obligación o la posible insolvencia empresarial, con abono de la indemnización por el Fondo de Garantía Salarial, normalmente más de un año des-

pués del despido, lo que provocaría que precisamente en este caso, en que el trabajador está más desprotegido, no pudiese percibir el subsidio.

Por otra parte, la inclusión de la indemnización por despido entre las rentas incompatibles con el subsidio supone en la práctica la desaparición de la "prejubilación" como solución a las situaciones de crisis empresarial, pues si la indemnización, como suele suceder en estos casos, se percibe en forma de complementos mensuales, el trabajador no tendrá acceso al subsidio y a la consiguiente cotización a la Seguridad Social por la entidad gestora del desempleo, con lo que los acuerdos con las empresas en este sentido se harán prácticamente imposibles, por el elevado coste que supondría asumir el abono de estas cantidades, máxime si tenemos en cuenta que habitualmente se trata de empresas con excedentes de plantilla que hacen inviable su continuidad, por lo que los pactos de jubilación anticipada tienen la finalidad de conservar los empleos de la parte de la plantilla no afectada.

4º.- La reforma del sistema de jubilación anticipada. La Ley 35/2002

Las trabas legales a los acuerdos de prejubilación enlazan directamente con otra de las grandes reformas llevadas a cabo en el último año: el nuevo sistema de jubilación gradual y flexible, en vigor desde el 01 de enero de 2002.

Una de las reivindicaciones históricas de las organizaciones sindicales ha sido precisamente la del establecimiento de un sistema de jubilación anticipada generalizado y voluntario para el trabajador, con una doble finalidad: amparar a aquellos trabajadores que han perdido su empleo a una edad en que su reincorporación al mercado laboral se hace especialmente difícil y facilitar el rejuvenecimiento de las plantillas de las empresas y por tanto el acceso al empleo de los jóvenes. Esta reivindicación se ha quedado, con la aprobación de la Ley 35/2002, consecuencia directa del acuerdo alcanzado entre el Gobierno

y CC.OO., en la posibilidad de jubilarse a los 61 años, siempre que se cumplan una serie de requisitos:

- Que se acrediten 30 años de cotización real a la Seguridad Social.
- Que el cese en el trabajo se haya producido por causa no voluntaria.
- Que el trabajador haya permanecido al menos seis meses inscrito como demandante de empleo.

Curiosamente, pese a las dificultades de acceso a la jubilación anticipada, la ley introduce una novedad que no se contemplaba en el Decreto aprobado en Diciembre de 2001: no es necesario el cumplimiento de los dos últimos requisitos señalados si el trabajador, tras extinguir su contrato ha percibido, durante los dos años inmediatamente anteriores a su jubilación, una cantidad no inferior a la prestación por desempleo que le hubiera correspondido más el coste de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social.

Esta nueva previsión legal resulta cuando menos sorprendente, pues el supuesto previsto, que un trabajador cese voluntariamente en su empresa, que no perciba prestación por desempleo, y que la empresa asuma durante dos años abonarle una cantidad equivalente a la prestación y el coste de su cotización a la seguridad social es prácticamente impensable, salvo en un sector en que esta situación esta siendo más que habitual, como el sector bancario, en el que ya se han producido varias denuncias por considerar fraudulenta esta práctica.

Por otra parte, es destacable la coexistencia de este nuevo sistema con el aplicable a los trabajadores que hayan cotizado antes de 1967, así como el establecimiento de varias escalas diferenciadas de coeficientes reductores de la pensión por la edad del trabajador, en función de la fecha en que haya empezado a cotizar y la causa de extinción de su contrato, configurando un sistema de jubilación anticipada múltiple según la

situación del beneficiario, haciendo aun más compleja la regulación legal de la pensión de jubilación.

Otra de las novedades introducidas en la ley 35/2002, que creo importante destacar por suponer un recorte directo de prestaciones, es la modificación de la prestación de invalidez permanente por contingencias comunes para los supuestos en que el inválido accede a dicha situación con más de 65 años, por no tener cotización suficiente para poder acceder a la jubilación. En este caso, la prestación que percibirá será la resultante de aplicar a su base reguladora el porcentaje correspondiente al período mínimo establecido para acceder a la jubilación, que en la actualidad es del 50%, cuando hasta ahora el trabajador en este supuesto podía percibir, en función de su enfermedad, el 75 o el 100% de su base reguladora.

5º.- Otras modificaciones en materia de prestaciones públicas

Además de las modificaciones introducidas en la legislación de Seguridad Social por los diferentes Decretos y Leyes aprobadas en el último año, se han producido otras que, dada su sede, han pasado prácticamente desapercibidas, dato éste revelador de la forma de legislar que impera en la actualidad, pues en un momento en que se están aprobando normas expresamente dirigidas a modificar la legislación laboral, con la repercusión pública que su promulgación alcanza, se introducen reformas de determinadas prestaciones en la Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que acompaña a los Presupuestos Generales del Estado, lo que ha provocado su desconocimiento por parte de la mayor parte de los trabajadores. Entre estas modificaciones destacan por su repercusión las siguientes:

- Incapacidad Temporal y Desempleo: en caso de cese en el trabajo durante la situación de incapacidad temporal ya no se percibirá la prestación en cuantía de I.T. sino en cuantía de desempleo, sensiblemente inferior, consumiendo además durante el tiempo en que se permanezca en esta situa-

ción la futura prestación por desempleo. Por otra parte, el trabajador que cause incapacidad temporal cuando está percibiendo prestación por desempleo y agote el tiempo de prestación por desempleo, pasará a percibir la prestación de incapacidad temporal en cuantía igual a la del subsidio por desempleo, en lugar del 75% de la base reguladora de la I.T.

- Acreditación de los requisitos para percibir el subsidio: el trabajador que perciba subsidio de desempleo deberá acreditar cada seis meses que continúa cumpliendo los requisitos, renovando su solicitud y aportando nuevamente toda la documentación. En caso de subsidio para mayores de 52 años la renovación será anualmente.

6º.- Ampliación de los derechos de información de los representantes de los trabajadores

Por último, quiero destacar que, junto a los importantes recortes de derechos sociales que la reforma de la legislación laboral llevada a cabo en el último año y medio ha supuesto, se ha producido una ampliación de las competencias de los representantes de los trabajadores, fundamentalmente en dos supuestos:

- Sucesión de empresas: en el caso de cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, cedente y cesionario deberán informar con antelación suficiente a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio o, de no existir aquellos, directamente a los propios trabajadores.
- Contratas y subcontratas de obras y servicios: tanto la empresa principal como la contratista o subcontratista deben informar a los representantes de sus trabajadores del objeto y duración de la contrata, lugar de ejecución de ésta, número de trabajadores ocupados en la ejecución de la obra contratada y medidas de coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. Además, la empresa principal deberá informar a los repre-

sentantes de sus trabajadores del nombre, domicilio y número de identificación fiscal de la contratista o subcontratista.

Esta ampliación de los derechos de información de los representantes de los trabajadores, aun cuando resulta una medida claramente insuficiente en cuanto no les otorga capacidad alguna, ni siquiera consultiva, para oponerse al cambio de titularidad o a la subcontratación de obras o servicios, supone un avance en cuanto facilita el conocimiento por parte de los trabajadores de quién es su verdadero empleador y en su caso, la exigencia de las responsabilidades legales que procedan frente a todas las empresas implicadas en su relación laboral.

Para terminar, y precisamente al hilo de estos derechos de información, quisiera hacer una llamada de atención respecto a las competencias de los representantes de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, y a la responsabilidad de las organizaciones sindicales en la exigencia del cumplimiento de la normativa de prevención, pues en un momento en que la siniestralidad laboral está siendo una de las principales problemáticas laborales se hace imprescindible hacer llegar a los delegados de prevención designados en las empresas la formación y la información precisa para que puedan exigir de sus empleadores el cumplimiento de la normativa de prevención, dándoles un apoyo que les resulta imprescindible, especialmente en las pequeñas empresas, en las que el delegado de personal asume esta función, sin tener la información necesaria para su ejercicio efectivo.

Es por lo tanto nuestra responsabilidad ofrecer a estos delegados la formación, la información y el apoyo necesarios para que puedan exigir de sus empresas el cumplimiento estricto de las medidas que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores.