

Simplificación contractual, contrato «único» y tutela frente al despido (I)

1. Uno de los elementos que determinan la intensa «dualización» o, mejor dicho, «fragmentación» de nuestro mercado de trabajo viene constituido por la amplia panoplia de modalidades contractuales existentes en nuestro sistema regulador de las relaciones de trabajo. Esta diversidad, originada por diversos factores, opera una profunda des-homogeneización en el *status* jurídico del trabajo asalariado, de manera que, un factor importante de falta de equidad en nuestro mercado de trabajo, se relaciona con la propia diversificación de la carta de regímenes contractuales laborales a disposición de nuestras empresas.

En todo caso, si analizamos las causas de esta diversificación, y los intereses subyacentes a la misma, aunque siempre se ponga en primer término su instrumentalización para el objetivo de fomento de la creación de empleo, lo cierto es que se trata de fórmulas que se orientan predominantemente y de manera primordial al ajuste del volumen y la cantidad de mano de obra contratada en función de las contingentes necesidades por las que pueda atravesar la empresa en cada momento. Es decir, el archipiélago de modalidades contractuales responde a la idea de que el trabajo contratado sea el imprescindible para el eficiente funcionamiento del proceso productivo, pero nada más. En este sentido, y mal que nos pese, el contrato de trabajo se ha ido aproximando cada vez más al ideal de un contrato de «suministro de energías» [como prefigurase un eminente civilista italiano, CARNELUTTI, F.: «Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici», *Riv. Dir. Comm.*, 1913 (I)]. En otros casos, asistimos a la proliferación de sub-variantes contractuales –incluso mediante relaciones calificadas por decreto de «extra-laborales»– que tratan de responder a las dificultades de empleabilidad de ciertos colectivos de trabajadores o, más simplemente, canalizar incentivos para su contratación (v. gr. la política de fomento del empleo de jóvenes se ha encaminado en esa dirección, incorporando variantes concretas en los contratos temporales, a tiempo parcial y en el propio contrato en prácticas).

Se trata, pues, de una manifestación más del Derecho flexible del trabajo, en su variante de flexibilidad externa (o de entrada), pero que, en muchos casos, v. gr. en los contratos temporales o en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, llevan ínsita también una elevadísima dosis de flexibilidad de salida. Por tanto, estamos ante fórmulas contractuales precarias por su propia naturaleza que, si bien no parece que fomenten en demasía la creación de empleo, tampoco se muestran coherentes con objetivos de empleo de calidad sino que abundan en la formación del nuevo «precariado de asalariados». Aunque los precursores de la flexiseguridad se afanen en decir lo contrario, no es una opción predominante de los trabajadores en España la temporalidad o la parcialidad de su empleo, que se concibe como un mal menor ante la dificultad para obtener

un empleo estable a tiempo completo. Ello no significa posicionarse radicalmente en contra del fomento de este tipo de contratos en una situación crítica de empleo, pero conviene enfocar adecuadamente las cosas en este terreno si por lo que abogamos es por el empleo de calidad.

Los contratos «no estándares», en teoría, podrían contribuir, tanto a incrementar la competitividad económica, como a responder de un modo más diferenciado a las necesidades de los trabajadores, tomando en consideración las diferentes etapas de la vida de las personas y sus perspectivas profesionales. La pluralidad de fórmulas contractuales puede tener una cierta «utilidad» (de tipo *bidireccional*) en función de las circunstancias personales de cada trabajador, esto es, satisfacer las exigencias específicas de los trabajadores mediante un equilibrio diferente entre el trabajo y la vida personal y familiar y las trayectorias de formación profesional y aprendizaje permanente¹. Pero resulta innegable que su finalidad primordial es contribuir a garantizar a las empresas la adaptabilidad contractual necesaria para la adaptación permanente del volumen de mano de obra necesario para producir, en el nuevo contexto de competitividad internacional. El verdadero problema se manifiesta cuando estas formas de relación contractual no incorporan las necesarias garantías de seguridad para los trabajadores ni responden a sus expectativas de desarrollo profesional y personal.

Las fórmulas más «atípicas» de contratación laboral –no por eso poco frecuentes– muy excepcionalmente se adaptan a las circunstancias y necesidades de los trabajadores. Con frecuencia, no se eligen voluntariamente muchos empleos atípicos y tales trabajadores están quedando fuera del beneficio de los derechos fundamentales laborales y sociales, por lo que se socava el principio de igualdad de trato (v. gr. en nuestro país la tasa de trabajo a tiempo parcial involuntario –o no deseado– por los trabajadores es muy elevada). Los efectos negativos de la desigualdad generada por los contratos atípicos son bien conocidos: falta de integración en los objetivos empresariales, falta de inversión en formación del «capital» humano, menor productividad, mayores tasas de siniestralidad, falta de incentivo al consumo privado, etc.

Ello aboga por la necesidad de que «todos los trabajadores deban beneficiarse de una seguridad y protección adecuadas en el empleo, con independencia de su específica modalidad contractual»². Como constató el Parlamento Europeo, «el contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo es la forma común de la relación laboral y, como tal, ha de tomarse como punto de referencia para una aplicación coherente del principio de no discriminación»; por consiguiente, «el punto de partida de cualquier reforma del Derecho laboral europeo debe reconocer los contratos de trabajo indefinidos como la forma general de empleo donde se prevea una protección social y de la salud adecuada y se garantice el respeto de los derechos fundamentales». Y ello no obsta para que se responda a la necesidad de que «los arreglos sobre la jornada laboral sean suficientemente flexibles para cubrir las necesidades de los patronos y de los trabajadores y para permitir una

¹ Vid. CASTILLO, J. J.: *La invasión del trabajo en la vida. Del «trabajador ideal» a la vida real*, Catarata, 2015, págs. 54 y ss.

² En este sentido, vid. Considerando R de la [Resolución del Parlamento Europeo sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI](#), 11 de julio de 2007 [2007/2023(INI)].

mejor conciliación del trabajo con la vida familiar, así como para garantizar la competitividad y mejorar la situación del empleo en Europa sin perjudicar la salud de los trabajadores». Por ello, es posible acoger una noción positiva de flexibilidad en un sentido «bidireccional», que luego se explicita más concretamente, por ejemplo, al pedir a los Estados miembros que «refuercen los derechos relativos al permiso parental y las disposiciones sobre el cuidado de los niños tanto a escala nacional como europea y tanto para los hombres como para las mujeres».

2. Frente a la reducción de los niveles de tutela que verdaderamente supone la fragmentación tutelar propiciada por la diversificación de las modalidades contractuales, deberían explorarse y aprovecharse –o bien reformularse «con garantías»– las posibilidades jurídicas abiertas a la gestión flexible de las funciones, el tiempo y lugar de trabajo, etc., al objeto de garantizar la estabilidad laboral a través de contratos por tiempo indefinido, salvaguardando el ajuste de las condiciones y los aspectos cuantitativos de la mano de obra a las contingentes necesidades productivas. Esta sería la senda que parecen marcar nuestras reformas legislativas, aunque sin profundizar en los aspectos de democratización o, al menos, «participación efectiva» en la toma de decisiones empresarial sobre la gestión del personal.

La flexiseguridad relativa a las instituciones del Derecho del trabajo (en su dimensión «micro») se refleja en numerosas regulaciones que tratan de conciliar las exigencias de flexibilidad para la empresa y también para el trabajador. Las materias de trabajo parcial, el régimen de jornada y horario, las reglas de conciliación de la vida laboral y familiar, los contratos formativos, el trabajo temporal pueden ser –y han sido– experimentadas (legislación «experimental») en este terreno; asimismo deberían promoverse y generalizarse medidas y modelos de regulación de «la flexibilidad en la seguridad» en un clima de mayor confianza social, en grado de salvaguardar, al mismo tiempo, algunas garantías imprescindibles «de base» de la relación común, con las exigencias de mayor disponibilidad modulada del trabajo hacia la empresa.

Por otra parte, no debe olvidarse que la negociación colectiva –ahora potencialmente muy descentralizada– puede desarrollar de forma eficaz tal función de adaptación, en clave de efectiva realización de la conjugación entre flexibilidad y seguridad, aunque siempre en presencia de un intenso *core of rights*, formado por un núcleo de tutela mínima que incluye evidentemente a todos los derechos fundamentales –específicos e inespecíficos– de los trabajadores. La evolución reciente de nuestro ordenamiento nacional ha flexibilizado de manera muy intensa también «internamente» la relación laboral, con regulaciones que permiten amplios espacios para la adaptación de las condiciones laborales al contexto cambiante de las organizaciones productivas (las archiconocidas y flexibilizadas exigencias económicas, tecnológicas, organizativas y productivas). Y a ello no obsta que la modalidad contractual sea por tiempo indefinido. Así pues, resulta trascendente no perder de vista las posibilidades de «seguridad en el empleo» que permiten los mecanismos de flexibilidad interna (modificación sustancial de condiciones de trabajo, nuevas reglas de ordenación del tiempo de trabajo, movilidad funcional, geográfica, inaplicaciones de convenio colectivo, etc.) y que pueden erigirse en alternativa, tanto frente a la extinción contractual (flexibilidad «externa») con el consiguiente ahorro para los sistemas de protección social, como también frente al abuso empresarial de formas precarias de contratación laboral.

En muchos aspectos, esta renovada política de flexibilización interna ha supuesto un reforzamiento del poder de dirección unilateral de la empresa. Al respecto, esta *flexibilidad funcionalizada a las exigencias empresariales y de mercado* también puede introducirse de manera consensuada si se instauran los mecanismos adecuados de participación, consulta (procedimentalización) y negociación con los representantes de los trabajadores. El elemento clave es la *introducción de flexibilidad consensuada* para atenuar las exigencias empresariales con elementos que permitan un ajuste no traumático para los trabajadores y una cierta dosis de estabilidad en el empleo, y ello como alternativa preclara frente a la política de proliferación de nuevas modalidades contractuales flexibles.

Las propias empresas no se han mostrado –por lo general– demasiado proclives a introducir un uso positivo de la flexibilidad (funcional, organizativa, del tiempo de trabajo, etc.) «con contraprestaciones» (*quid pro quo*) para sus trabajadores, en términos de estabilidad en la duración del contrato de trabajo, desarrollo de mecanismos formativos de mejora de la profesionalidad, desarrollo de oportunidades de flexibilidad bidireccional –v. gr. en el tiempo de trabajo o en la carrera profesional– en función de las circunstancias y necesidades personales, familiares, formativas, etc. Esto es, flexibilidad no basada simplemente sobre la reducción de costes o el incremento de las exigencias y sacrificios para el lado de los trabajadores. La negociación colectiva, además, estaría llamada a introducir elementos que permitieran la transición hacia contratos más estables, salvaguardando la necesaria flexibilidad para el funcionamiento eficiente de las empresas.

3. Lo cierto es que, por motivos relativos al problema del desempleo en nuestro país, hemos seguido caminando también en la senda de una mayor proliferación de modalidades (con variantes y sub-variantes) de contratos de trabajo. Frente a la operación de «maquillaje» llevada a cabo por nuestro Gobierno a través de una «aparente» simplificación de las modalidades contractuales, la Unión Europea sigue considerando el elevado grado de segmentación como un rasgo característico del mercado de trabajo español³. En este sentido, la Comisión señala que «la proporción de trabajadores con contratos de duración determinada se situaba en 2013 en el 23,4% (una de las cifras más elevadas de la Unión Europea), y el 84,9% de los empleos temporales tenían una duración inferior a tres meses»; a lo que se sumaban los «bajos niveles de transición hacia un empleo estable, [que] suscita preocupación en relación con, en particular, la productividad, el deterioro de la calidad del empleo y los bajos niveles de formación en el puesto de trabajo, especialmente para los jóvenes y los trabajadores poco cualificados».

La Unión Europea no se creyó la operación de simplificación de los «modelos de contratos», introducida por nuestro Gobierno en enero de 2014 y, aunque reconoce que ello podría aumentar la transparencia de la información acerca de las opciones de contratación para los empleadores, sin embargo considera que esta simplificación administrativa «no viene acompañada de una simplificación del elevado número de disposiciones contractuales (actualmente, 42)».

³ Vid. *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Evaluación del Programa Nacional de Reformas de 2014 del Programa de Estabilidad de 2014 de España*, SWD (2014) 410 final, Bruselas, 2 de junio de 2014, págs. 25-26.

Por otra parte, la diferencia en los costes de resolución del contrato entre los contratos permanentes y los contratos temporales sigue siendo superior a las medias de la Unión Europea y de la OCDE, aunque lo cierto es que se está reduciendo a raíz de los cambios en materia de despido introducidos por la reforma de 2012 (el abaratamiento generalizado de la indemnización por despido improcedente) y los aumentos graduales de la indemnización por finalización de contrato para los contratos de duración determinada introducidos en 2010.

Sobre estas premisas, no resulta de extrañar que el Consejo recomendase a España el impulso de «nuevas medidas para reducir la segmentación del mercado de trabajo en aras de la calidad y sostenibilidad del empleo, en particular reduciendo el número de tipos de contrato y garantizando un acceso equilibrado a los derechos en caso de cese de la relación laboral»⁴.

4. Precisamente, en ese elemento está el nódulo gordiano de la cuestión: cómo simplificar o «unificar» (propuesta de contrato único) las modalidades de contratación laboral, sin que por ello quede gravemente resentida la tutela frente al despido, como piedra basilar, que puede considerarse, de todo el sistema de garantías laborales (poco podrán exigir o reclamar los trabajadores sin un adecuado sistema de tutela frente al despido injustificado o ilegítimo).

La reforma laboral de 2010 puede considerarse como una primera «avanzadilla» en este terreno. Básicamente por dos elementos de la reforma que incidían directamente en esta materia:

- El primero, con el establecimiento de un progresivo aumento de la indemnización por la extinción de los contratos temporales (hasta los 12 días por año de servicio trabajado), junto con la cobertura –como responsabilidad directa del FOGASA– de 8 días de indemnización relativa a los despidos por necesidades en empresas con una plantilla de menos de 25 trabajadores. En la práctica, ello suponía una equivalencia de costes extintivos para la empresa entre el contrato temporal y la extinción –procedente– por necesidades de la empresa. Llegados a este extremo, qué interés podrían tener ya las empresas en contratar temporalmente si, llegado el caso, la extinción de los indefinidos tenía el mismo coste.

Pero esta reforma fue fallida por varios motivos. Por un lado, nuestras empresas, en un contexto de elevada incertidumbre económica, han seguido usando –y abusando– de la contratación temporal, de manera que la «penalización» que suponía el incremento indemnizatorio no ha tenido ningún «efecto disuasorio» reseñable en este terreno (es más, las estadísticas reflejan un crecimiento relativo del trabajo temporal y nuestra tasa de temporalidad duplica la media europea). Además, se ha de tener en cuenta que el FOGASA ya no está obligado a pagar directamente al trabajador indefinido una parte de la indemnización en cantidad equivalente a 8

⁴ *Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2014 de España*, COM (2014) 410 final, 2 de junio de 2014, recomendación 3.

días de salario por año de servicio, tal y como prevenía el artículo 33.8 del [Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) para el caso en que el despido, individual o colectivo, se realizara en empresas con menos de 25 trabajadores. Ello se debe a que dicho precepto legal (apdo. 8 art. 33 ET) fue suprimido, con efectos desde el 1 de enero del 2014, por la disposición final quinta de la [Ley 22/2013, de 23 de diciembre](#), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. Se trata de una medida poco comprensible desde el punto de vista de la política jurídica de apoyo a la pequeña y mediana empresa, que ahora dejan de beneficiarse de esta tutela. En verdad, la medida tampoco estaba muy justificada en los casos de extinciones que se declarasen improcedentes y obedecía –como se ha visto– a una política de flexiseguridad de equiparación del coste extintivo entre contratos de trabajo temporales e indefinidos.

- La «gran medida» (al menos la más rupturista), no desarrollada, hacia un contrato «único» venía constituida por la previsión sobre la constitución de un «Fondo de Capitalización» de la indemnización por despido (disp. adic. décima [Ley 35/2010](#)), donde se establecía un plazo máximo de un año –a partir del 18 de junio de 2010– para que el Gobierno, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, apruebe un proyecto de ley por el que, «sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores» (de carácter «individual»). Parecía que se trataba de la importación del modelo austriaco sobre capitalización de las indemnizaciones por despido, con una previsión aún muy genérica y ambigua, que se apartaba de la tradición jurídica española en materia de tratamiento indemnizatorio de la extinción del contrato de trabajo. La norma avanzaba, en una suerte de futura «experimentación normativa» (por lo que podría denominarse norma «ficticia», declaración de intenciones o programa de actuación), ciertos elementos característicos del Fondo, pero dejaba muchas sombras de duda, lo que reflejaba la poca seguridad del Gobierno de entonces, sobre la manera de abordar este tránsito en el tratamiento de la indemnización por extinción del contrato de trabajo. Por ejemplo, la norma contemplaba la creación del Fondo «sin incremento de las cotizaciones empresariales», por lo que dejaba en el aire cómo se llevaría a cabo su financiación (reténgase que en Austria el Fondo se financia por las empresas). Parece que el legislador tenía la intención de que la futura medida no aumentase los costes laborales, con el correlativo efecto negativo de restar competitividad a nuestra economía. Una posibilidad es que se complementase con aportaciones públicas, que quizá mejor deberían destinarse a la protección por desempleo, y que conllevaría la «externalización» hacia la sociedad de un coste indemnizatorio empresarial. Otra posibilidad es que fuese detraída de la «masa salarial» o de algún elemento retributivo concreto de los trabajadores, lo que, en periodos de crisis económica, desincentivaría la demanda interna, acentuándose los efectos de la crisis; y, en todo caso, la traslación de este coste al trabajador sería manifiestamente desproporcionada e injusta desde un punto de vista social, pues implicaría un nuevo traslado de riesgos hacia la propia posición jurídica del trabajador.

La [Ley 35/2010](#) establecía que el Fondo debería estar operativo a partir del 1 de enero de 2012, tratándose de la medida que reemplazaría a la –ahora finiquitada– asunción de los ocho días de salario en las extinciones por causas empresariales por parte del FOGASA (que se concebía en el propio Preámbulo de la norma como una medida de «carácter coyuntural» con la finalidad de «servir como transición hacia un modelo de capitalización individual mantenido a todo lo largo de la vida laboral»). Finalmente, un comité de expertos dictaminó la inviabilidad económica de un sistema de estas características en nuestro país, de manera que la previsión no fue implementada, aunque no por ello el debate al respecto ha cesado.

5. El principal escollo que debería resolver cualquier propuesta de contrato «único» es su conjugación con la exigencia de causalidad en materia de despido, so pena de renovar la concepción –hasta ahora dominante– de la relación laboral como un vínculo con vocación de cierta permanencia en el tiempo, y abandonarnos en el paradigma de la precariedad o temporalidad, algo que no se encuentra en la cultura iuslaboralista (al menos en la europea), amén de sus profundas implicaciones político-económicas.

Podría plantearse –como se ha hecho– un sistema en el que el trabajador va «capitalizando» o acumulando sus derechos indemnizatorios en función de su antigüedad en la empresa, lo que determinaría la indiferencia en el tipo de vínculo contractual seleccionado por el empresario (se eliminaría la indeseable «dualización» haciendo irrelevante la contratación temporal). Pero el problema está en cómo se mantiene la exigencia de causalidad del despido –presente en los textos internacionales del trabajo, en las declaraciones europeas de derechos fundamentales del trabajo y, exegéticamente derivable, de las previsiones de nuestro texto constitucional– y las consecuencias jurídicas aparejadas a la calificación judicial que reciba cada extinción del contrato de trabajo.

La complejidad del derecho al trabajo determina que se hayan conectado parcelas –de «relevancia constitucional»– en la tutela laboral individual al contenido del derecho al trabajo, en lo que podría denominarse el «derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo», significativamente la exigencia de una justa causa para despedir [*cfr.* SSTC 22/1981, de 2 de julio; 101/2000, de 10 de abril; 192/2003, de 27 de octubre]. En dichos pronunciamientos, la doctrina constitucional, tomando como base también la cláusula de Estado social y democrático de derecho, ha rechazado que la libertad de empresa conlleve una absoluta libertad contractual, como tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido. Es importante destacar que la tutela frente al despido se concibe en la doctrina constitucional como un elemento condicionante para el pleno ejercicio del resto de derechos constitucionales del trabajador (como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva). Como señala el Tribunal Constitucional: «... la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social y como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE)» (STC 20/1994, de 27 de enero). Reténgase que la garantía constitucional no contrapone de plano el derecho al trabajo con el despido, la exigencia consiste en que exista una tutela adecuada, cuyo

incumplimiento empresarial no infringiría preceptos constitucionales sino meramente la legalidad ordinaria [[STC 101/2000, de 10 de abril](#)].

6. En todo caso, asistimos a renovados requerimientos de las instituciones internacionales y a propuestas doctrinales con diferente grado de elaboración y articulación, que proponen bien una intensa simplificación contractual, o bien directamente el rumbo hacia un contrato único. En un próximo *editorial* daremos cuenta de las bondades y debilidades de dichas propuestas.

José Antonio Fernández Avilés

Secretario de Redacción