

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

1. El debate sobre la simplificación contractual, a pesar de sus dificultades técnico-jurídicas, sigue en movimiento, y encontramos propuestas de reformulación del sistema de contratación laboral en nuestro país de diferente signo. Las propuestas se mueven desde posiciones radicalmente «liberalizadoras», elaboradas al margen del lenguaje de los derechos socio-laborales –y del propio Derecho–, algunas luego matizadas, mientras que otras tratan de ofrecer soluciones técnicas que combinen la simplificación contractual con el mantenimiento de un cierto grado de tutela frente al despido por necesidades de la empresa. Sobre todas ellas sobrevuela el *leitmotiv* de favorecimiento de la flexibilidad, cuando no de la «flexiprecariedad», en detrimento de la estabilidad en el empleo¹.

2. La Fundación FEDEA –ya en un momento de elevada destrucción de empleo– lanzó en 2009² una originaria propuesta de contrato único, conocida como el «Manifiesto de los 100 economistas», inicialmente realizada al margen de las consideraciones jurídicas de fondo que también deberían tenerse presentes en este debate. La propuesta –al margen de cualquier consideración de «cultura de la legalidad»– partía de la necesidad de reducir la «alta volatilidad» del empleo generada por un mercado de trabajo dual. Creemos que –aunque el objetivo sea loable– el punto de partida en el análisis no resulta correcto: la «volatilidad» del mercado de trabajo no es sino una consecuencia de nuestra estructura económica; entonces, ¿por qué se culpabiliza al mercado de trabajo –y *a posteriori* a la propia ordenación normativa del mismo– de algo que es característico y endémico de nuestro modelo productivo?

La propuesta –con revisiones posteriores– incidía en la simplificación de menú de contratos, con la desaparición de todos los contratos temporales (salvo el de interinidad para la sustitución de trabajadores en «baja temporal», sustitución por jubilación y relevo) y la correlativa introducción de un único contrato indefinido para todas las nuevas contrataciones, con una indemnización por año de servicio creciente con la antigüedad (CIC). La introducción de este contrato «unificaría las causas del despido, manteniendo la tutela judicial solamente para los despidos por razones discriminatorias» (habría que sobreentender también que para los despidos que vulneran los derechos fundamentales).

Por tanto, la propuesta originaria (despido «libre» indemnizado como fórmula pura y dura de «precarización generalizada») se situaba al margen de la tutela constituida por la justa causa para despedir y su posible control judicial. Solución que –como bien puso de relieve la doctrina iuslaboralista– tenía muy difícil adecuación al marco convencional internacional [[Convenio n.º](#)

¹ Cfr. MERLATEAU, J.-B.: «El contrato de trabajo único: Un reajuste de los derechos y obligaciones en materia de despido», *RL*, núm. 15, págs. 211 y ss.

² FEDEA: *Propuesta para la Reactivación Laboral en España*, 2009.

158 OIT, arts. 2 y 4, que sientan un principio de causalidad del despido], al Derecho de la Unión Europea [art. 30 CEDF –incorporada al TUE–: «derecho a una protección en caso de despido injustificado»; [Directiva 98/59/CE](#)] y a la propia [Constitución Española](#) (ex art. 35.1 CE).

La finalidad de uniformar la indemnización –cuyas disparidades o «brecha» consideraban el factor inductor de la excesiva rotación laboral–, también en la inidónea línea de comparar los costes del despido improcedente con otros países, y no del procedente que era –y es– bastante inferior (otro «error de partida» en el análisis y de falta de «rigurosidad jurídica»), ayudaría –según esta propuesta– a reducir la grave desigualdad de oportunidades que sufren determinados colectivos (jóvenes, mujeres, inmigrantes) que son los más afectados por la excesiva rotación laboral. Asimismo, se consideraba que la medida favorecería un despegue de la contratación a tiempo parcial, que vendría desalentada por el excesivo uso de la temporalidad. En todo caso, la propuesta no evitaría *per se* una política empresarial de «rotación» para evitar que los trabajadores acumulen una elevada antigüedad –«efecto sustitución» por nuevos trabajadores con indemnización *low cost*– dada la repercusión de este parámetro sobre la indemnización por despido a pagar por la empresa. Como tampoco suprime otro problema relacionado con los costes del despido, que es su incremento con la antigüedad del trabajador, de modo que ello puede llevar a despedir al trabajador más productivo por el mero hecho de ser reciente en la empresa³.

La propuesta, de manera más o menos consciente, tuvo acogida parcial en la reforma laboral de 2010 en el aspecto relativo a los ligeros incrementos de la indemnización por extinción de los contratos temporales, siempre en un nivel inferior a los despidos improcedentes. Las reformas posteriores de abaratamiento del coste del despido –como pusimos de relieve en el [Editorial del número anterior](#) de esta Revista– han superado cualquiera de las previsiones planteadas en este punto por la propuesta en análisis.

La propuesta de FEDEA, dadas sus dificultades de «adecuación» jurídica, tuvo una segunda versión más elaborada (2012-2013)⁴, donde se propone un contrato indefinido único (rebautizado como «contrato para la igualdad de oportunidades») «con indemnizaciones que crezcan gradualmente hasta alcanzar un máximo razonable y dos escalas de indemnización para recoger las causas de despido procedente e improcedente». Opción más respetuosa con el despido causal y el sistema de control judicial del mismo.

La propuesta de contrato único, a pesar de ser objeto de un amplio debate, no tuvo demasiada aceptación en el ámbito político y de los interlocutores sociales, aunque dio lugar a una (rechazada) proposición de ley⁵.

³ Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: «Dualidad del mercado de trabajo y nuevas propuestas para favorecer la contratación indefinida», *IL*, núm. 12, 2014, pág. 7.

⁴ FEDEA: *10 principios fundamentales para lograr una reforma laboral eficaz y justa*, 2012; Íd.: *Por un nuevo impulso a la creación de empleo en España*, 2013; cfr. además, BENTOLILLA, S. Y JANSSEN, M.: «La viabilidad jurídica del contrato único», en AA. VV., Dolado, J. J. y Felgueroso, F. (coords), *Fundamentos de la Propuesta de Reacción Laboral en España*, Madrid: Fedea, 2009.

⁵ «Proposición de Ley relativa a la regulación de un contrato de trabajo único indefinido», presentada por el Grupo Parlamentario de Unión, Progreso y Democracia, BOCG, núm. 160-1, 31 de enero de 2014.

3. Un reciente informe de la OCDE⁶ incide en la idea de que nuestro país necesita reducir el salto entre la protección laboral entre los trabajadores indefinidos y los trabajadores temporales, es decir, reducir lo que se denomina la «dualización» de nuestro mercado de trabajo. Para ello, recomienda particularmente una reforma laboral que uniformice las indemnizaciones por despido para todo tipo de contratos, que sea inicialmente baja y que se vaya incrementando con la antigüedad del trabajador en la empresa.

En el seno de este organismo ya se habían elaborado otros informes que abordaban la cuestión del contrato único de trabajo (LEPAGE-SAUCIER, SCHLEICH y WASMER, 2013)⁷. En concreto, se analizaron los costes del dualismo de los mercados de trabajo y se distingue entre dos tipos de reformas basadas en la introducción de un contrato único con progresivos derechos por antigüedad (*contract with progressive seniority rights* –CPSR–) o un contrato único con largos periodos de prueba (*single contract with long probation periods* –CLPP–)⁸. Este estudio constata que la protección laboral tiene un moderado efecto negativo sobre el empleo, que puede ser mitigado cuando hay disponibilidad de contratos temporales y que la eliminación de los contratos temporales conllevaría un decrecimiento del empleo total. Señala las ventajas que los contratos temporales siguen teniendo en las empresas cuando las expectativas de crecimiento futuro son bajas. De ahí que abogue por una reforma más ambiciosa de la regulación legal de la protección de los contratos indefinidos (para que sea «neutral» respecto de la creación de empleo), compensada con otros aspectos del *status* jurídico de los trabajadores, como la mejora de los derechos formativos. Puesto que la coexistencia de contratos temporales e indefinidos puede tener efectos negativos en las «normas sociales» de las empresas y en la motivación de los trabajadores («costes del dualismo»), la supresión de los contratos temporales podría mejorar la productividad en este contexto. Pero concluye que tampoco resultan claras las ventajas de un sistema contractual único frente a las ofrecidas por la protección laboral en sí, lo que puede ser una parte del *quid pro quo* –poco comprendida–, de manera que se requiere una *mayor claridad* en los objetivos de una reforma laboral en este sentido. El documento defiende una estrategia más sensible de reforma para la limitación del dualismo consistente en el establecimiento de incentivos para la contratación estable y reducir los incentivos para la contratación temporal; concluyendo que, en términos de política económica y de capacidad para abordar una reforma ambiciosa, el concepto de *flexicurity*, con menor protección contractual y mayor protección por desempleo que aseguren el consumo y el bienestar, combinados con incentivos para aceptar ofertas de empleo, y complementados con

⁶ OECD: *Economic Policy Reforms 2015: Going for Growth*, 2015, pág. 289.

⁷ LEPAGE-SAUCIER, N.; SCHLEICH, J. y WASMER, E.: «Moving towards a single labour contract: Pros, cons and mixed feelings», *OECD Economics Department Working Papers*, núm. 1.026.

⁸ Este segundo tipo de política –ya traducida en términos de política «legislativa»– se encuentra presente en el artículo 4.3 de la [Ley 3/2012](#), donde se implantó el «contrato de apoyo a los emprendedores» que incorpora un periodo de prueba de un año en todo caso. Medida que –aunque se salvara su constitucionalidad por [STC de 16 de julio de 2014](#), con argumentos más de corte «extrajurídico» y de coyuntura económica, que propiamente técnico-jurídicos– no deja suponer una aberrante «desvirtuación» de la figura del periodo de prueba, cuando en realidad habilita –de manera imperativa absoluta– la extinción *ad nutum* durante dicho periodo (figura poco compatible con el derecho al trabajo en su vertiente de tutela frente al despido injustificado) (*vid. in extenso*: COS GEA, E.: «[El principio de estabilidad en el empleo y el periodo del contrato indefinido de apoyo a emprendedores](#)», *RTSS.CEF*, núm. 384, pág. 41 y ss.).

políticas activas de empleo y una formación eficiente, se adapta mejor que el concepto de *single labour contract*. Así pues, el análisis termina con engarzar con el *Liberal Neo-Welfarism* que caracteriza la evolución del modelo social europeo⁹.

4. Dentro de las propuestas de carácter más moderado, aunque no dejarían de suponer un profundo impacto en nuestro marco normativo laboral, se encuentra la del BBVA Research¹⁰ donde se formula una propuesta con los objetivos de favorecer la contratación estable y proteger a los colectivos con mayores dificultades de inserción laboral, a través –también en esta propuesta– de una simplificación efectiva del menú de contratos con un cambio sustancial del sistema indemnizatorio, de manera que el contrato indefinido se convierta en la opción preferida en nuestro sistema laboral. Se trataría de combatir lo que el documento denomina «flexirrigidez» de nuestro mercado de trabajo: elevada protección comparativa del despido de trabajadores con contrato indefinido y también elevado grado de flexibilidad en la contratación temporal.

El documento preconiza la drástica reducción de número de contratos a únicamente tres: un contrato indefinido –que debería ser la figura contractual por defecto–, uno temporal causal y uno para la formación y el aprendizaje que favorezca la transición al empleo indefinido una vez completado el proceso formativo. Esta reducción del número de modalidades contractuales debería complementarse –según este Informe– con un cambio sustancial en el sistema de indemnización por finalización del contrato para incentivar la contratación estable.

La propuesta se estructura con base en un sistema «mixto» de indemnización por despido, asentado, de una parte, sobre una «cuenta de ahorro individual» nutrida de aportaciones periódicas por un importe equivalente a ocho días de salario por año trabajado (aportación que integraría una parte de la «retribución total» del trabajador). Estas aportaciones a la cuenta de ahorro individual serían invertidas en uno o varios «fondos de previsión públicos» creados para tal fin, de tal modo que la cuantía de esta indemnización –que denominan «no causal»– dependería de la rentabilidad acumulada por el fondo. En realidad, la medida supone implementar parcialmente un sistema de tutela muy similar al de los fondos de pensiones (de hecho, se concibe también como un complemento de pensión de los futuros jubilados). Junto a esa compensación (y como técnica de «internalización» de las «externalidades negativas» causadas por el despido del trabajador indefinido), la empresa debería pagar también una indemnización «causal» que complementaría el fondo de capitalización y que ya dependería de la procedencia –o no– del despido y de la antigüedad generada por el trabajador en la empresa (en línea con la propuesta más elaborada de FEDEA). Esta parte de la indemnización, que se relaciona con el «control causal» de la medida extintiva, estaría topada –de manera muy significativa– con el máximo de 12 mensualidades (caso de procedencia) o de 24 (en caso de improcedencia). En el caso de los contratos temporales, junto a la cuenta individual, se le añadiría la indemnización de los 12 días por año de servicio («con independencia de la causa», dice extrañamente la propuesta).

⁹ Vid. FERRERA, M.: «Liberal Neo-Welfarism: New perspectives for the European Social Model», *OSE Paper Series*, núm. 14, febrero 2013.

¹⁰ BBVA Research: «Medidas para favorecer la contratación indefinida», *Observatorio Económico España*, 13 de noviembre de 2014.

Causa perplejidad que el Informe en cuestión no aluda en ningún extremo a la figura del despido «nulo», sin pronunciarse sobre su mantenimiento o supresión, tratándose de la única hipótesis de relativa «estabilidad real» en el puesto de trabajo –cumplimiento *in natura*– que en la actualidad contempla nuestro ordenamiento laboral (junto con las situaciones excepcionales en que la opción por la readmisión o la extinción indemnizada en despido declarado improcedente se atribuye al propio trabajador despedido).

El documento –para justificar el «sacrificio» en la tutela del trabajador con contrato indefinido que en realidad propone– concluye con toda una serie de indicaciones sobre las supuestas ventajas de este sistema: reducir la incertidumbre que obstaculiza la contratación indefinida; los beneficios para el empleo juvenil; falta de incentivo para que el último trabajador contratado sea el primero en ser despedido ante una caída transitoria de la actividad; facilitar la planificación financiera de los costes laborales para los empresarios; la posibilidad de traslado de la cuenta de ahorro incentivaría la movilidad de los trabajadores y la reasignación sectorial del empleo, etc.

5. Una de las claves de toda operación reformista se encuentra en la tutela frente al despido. Cualquier propuesta de reforma habrá de calibrar adecuadamente los beneficios en la estabilidad laboral y la creación de empleo que pueda generar, frente a la pérdida de intensidad de la tutela por la extinción del contrato de trabajo (como compensación por el empleo perdido, y como mecanismo para garantizar una cierta seguridad económica en las transiciones laborales, entre otras funciones primordiales.). El «despido libre» –aunque sea indemnizado– no es compatible con las bases del Derecho laboral vigente y la línea roja viene marcada por el carácter causal de dicha institución como garantía del «derecho al trabajo». Incluso se ha considerado constitucionalmente inadmisibles que el desistimiento *ad nutum* –que conlleva la falta de superación del periodo de prueba– pueda suponer una transgresión de derechos fundamentales. Así pues, entra dentro de las opciones de política legislativa una compensación más o menos elevada (aunque siempre respetuosa con el canon de «adecuación») frente a decisiones empresariales ilegítimas por falta de una justa causa para despedir –u otra fórmula de restauración de la legalidad–, pero la causalidad –con una conformación más o menos flexible– no debe jurídicamente ponerse en discusión (en este sentido, el art. 24 CSE declara el «derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada»). Nada obsta al diseño de fórmulas alternativas de acumulación paulatina de una parte del monto indemnizatorio, cuya previsión –aparte de conceder más certeza a las empresas sobre los costes del despido– suavizaría los desembolsos a realizar por las empresas en crisis de manera que no se agrave sobremanera su situación financiera. En todo caso, la diferencia entre la indemnización por despido procedente e improcedente ha de ser lo suficiente «disuasoria» o «penalizante» como para no desvirtuar la propia exigencia de causa para despedir.

Otra cuestión es que la conformación «causal» debiera ser lo suficientemente precisa y clara como para evitar la excesiva litigiosidad y los costes que lleva aparejada, así como para garantizar una mayor «certidumbre jurídica» cuando la empresa adopte este tipo de medidas. Repárese que la utilización de conceptos jurídicos económicos –más o menos indeterminados o futuribles– como cláusulas causales abiertas en aras de la «flexibilidad de salida» –tutela del «derecho a despedir»– (capaces de englobar un sinfín de hipotéticas situaciones empresariales) dificulta mucho la consecución de tales objetivos.

En todo caso, parece necesario seguir abordando reformas que limiten el uso abusivo de la contratación temporal; no se deben seguir facilitando excusas para no crear empleo estable, esencial para incentivar una mayor productividad y una mejor formación. Ciertamente, ello dependerá mucho de las expectativas económicas de las empresas que a través de la contratación temporal trasladan parte del riesgo empresarial a la posición jurídico-contractual del trabajador, pero ello ya no depende del dato jurídico (el Derecho debe establecer aquí un cierto equilibrio de sacrificios, y no abandonarlo a la completa autodeterminación del empleador)¹¹. En este sentido, y como se ha visto, las propuestas analizadas no conllevan la opción maximalista de supresión *tout court* de la contratación temporal, necesaria para el sistema productivo y para el crecimiento del empleo (incluso como estadio inicial para la plena inserción laboral de ciertos colectivos o con finalidades de formación). Hay sectores productivos y empresas que precisan de modelos de contratos temporales para ejercer sus actividades de manera adecuada. De forma que el equilibrio entre contratación indefinida/temporal se manifestará siempre en una combinación variable. La clave reside en que los incentivos para la utilización de la contratación temporal no contrarresten a los que puedan preverse para la contratación indefinida y que los desincentivos a la contratación temporal sean realmente un freno a la utilización abusiva e injustificada de la misma (pero no para la posible creación de empleo que puedan suponer en momentos de crisis económica).

Por último, es exigible la necesidad de evaluar el impacto de las reformas laborales, en todas las vertientes que afectan a la *flexibilidad constitutiva*. Proliferan las modalidades y sub-modalidades contractuales (algunas simplemente como instrumento de canalización de incentivos a la contratación de ciertos colectivos) sin valorar su impacto real en la creación de empleo en función de una asignación más eficaz de los recursos económicos puestos a disposición de las mismas (o dejados de percibir por el Sistema de Seguridad Social). A partir de ese análisis, debería procederse a la supresión de aquellas modalidades que no guarden una conexión más o menos mediata y efectiva con el fomento del empleo y simplemente supongan una vía más para la precarización laboral. En todo caso, esta operación de simplificación y «racionalización» de la carta de contratos disponible debería realizarse de manera gradual y con el mayor consenso económico y social posible. En definitiva, debe abandonarse la senda de un modelo productivo que persiga simplemente la maximización del beneficio a corto plazo y que no apueste por el «empleo de calidad», así como encaminarse hacia modelos que impliquen el reforzamiento de otros elementos de la competitividad empresarial como «debería ser» en un modelo productivo de corte avanzado.

José Antonio Fernández Avilés

Secretario de Redacción

¹¹ Vid. ROMAGNOLI, U.: «Il "modello spagnolo" della fine del contratto di lavoro», *Insight*, <http://www.insightweb.it/web>.