

LA REFORMA DEL DESPIDO: ¿MAYOR ESTABILIDAD O SIMPLE ABARATAMIENTO?

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universitat de València*

Extracto:

UNA parte muy importante del proceso de formación del propio Derecho del Trabajo se ha hecho, y se sigue haciendo, mediante la reconsideración de aspectos del despido en particular. Prueba de ello es que la gran mayoría de las sucesivas reformas laborales que se han producido tienen como elemento protagonista cambios en materia de despido o extinción y la actual no es una excepción. Esto es debido a que esta institución jurídica no sólo se explica por sí misma, sino que además condiciona aspectos concretos y relevantes de las dos etapas anteriores a la vida de dicho negocio jurídico como son su nacimiento y desarrollo y, muy especialmente, sobre el propio principio de estabilidad en el empleo y el clásico debate en torno a la duración indeterminada o determinada del contrato, afectando la misma según la regulación e interpretación del despido sea más o menos dúctil. El actual trabajo analiza las reformas introducidas en el régimen del despido por el Real Decreto-Ley 10/2010 y la reciente Ley 35/2010, centrándose muy especialmente en las articuladas con el objetivo de reducir la temporalidad en el mercado laboral y recobrar la estabilidad en el empleo, así como reducir el coste del despido.

Palabras clave: despido, despido improcedente, indemnización, coste del despido, Ley 35/2010 y reforma laboral.

THE REFORM OF DISMISSAL REGULATION: GREATER STABILITY OR SIMPLE REDUCTION OF COSTS

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universitat de València*

Abstract:

A very important part of the process of formation of labour law has taken place by reconsidering certain aspects of dismissal regulation. In fact the great majority of the consecutive labour reforms that have taken place have in common reforms in the regulation of dismissal and the present reform is not an exception. This is due to the fact that the dismissal regulation is not an isolated legal institute, but furthermore it conditions other aspects of labour law, such as the stability of employment and the dichotomy temporary or indefinite employment depending on the greater or lesser flexibility of dismissal regulation. The present paper analyses the reforms brought about in the dismissal regulation by the Royal Decree-Law 10/2010 and the recent Law 35/2010, concentrating particularly on the reforms introduced with the aim to reduce the number of temporary contracts and recover the stability in employment, and reduce the cost of dismissal at the same time.

Keywords: dismissal, unlawfull dismissal, compensation, cost of dismissal, Law 35/2010 and labour reform.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La reducción del coste del despido.
 - 1. Disminución de la cuantía de la indemnización.
 - 2. Mutualización de parte del coste del despido.
 - 3. El modelo austriaco.
 - 4. El modelo español.
- III. Medidas sobre la regulación de la contratación temporal.

I. INTRODUCCIÓN

Una parte muy importante del proceso de formación del propio Derecho del Trabajo se ha hecho, y se sigue haciendo, mediante la reconsideración de aspectos del despido en particular. Prueba de ello es que la gran mayoría de las sucesivas reformas laborales que se han producido tienen como elemento protagonista cambios en materia de despido o extinción y la actual no es una excepción. Esto es debido a que esta institución jurídica no sólo se explica por sí misma, sino que además condiciona aspectos concretos y relevantes de las dos etapas anteriores a la vida del contrato de trabajo como son su nacimiento y desarrollo y, muy especialmente, sobre el propio principio de estabilidad en el empleo y el clásico debate en torno a la duración indeterminada o determinada del contrato, afectando la misma según la regulación e interpretación del despido sea más o menos dúctil.

En este sentido, uno de los grandes objetivos de la actual reforma propulsada por el Real Decreto-Ley 10/2010 (RDL) es reducir la dualidad de nuestro mercado laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad, en línea con los requerimientos de un crecimiento más equilibrado y sostenible, por un lado, restringiendo el uso injustificado de la contratación temporal y, por otro, favoreciendo una utilización más extensa de la contratación indefinida.

El actual trabajo lleva a cabo un análisis de las reformas llevadas a cabo en materia de despido y, muy especialmente, las dirigidas a reducir la temporalidad de nuestro mercado de trabajo, para dilucidar su efectividad.

II. LA REDUCCIÓN DEL COSTE DEL DESPIDO

1. Disminución de la cuantía de la indemnización

En primer lugar, para hacer más atractivo el contrato indefinido, la reforma reduce, si bien indirectamente, el coste del despido improcedente. A tales efectos, el Real Decreto-Ley y la Ley 35/2010 amplían el ámbito subjetivo de aplicación del contrato de fomento de la contratación indefinida

(CFCI), de tal modo que ahora es posible celebrar el mismo con la práctica totalidad de colectivos de trabajadores. Es verdad que se sigue sin incluir a los trabajadores de entre 30 y 45 años, pero a cambio se incluyen ahora parados en general que lleven al menos un mes inscritos en la oficina de empleo, flexibilizando extraordinariamente el acceso a los trabajadores desempleados, eliminando la exigencia de parados de larga duración o rebajándola a periodos tan exigüos, si se prefiere, que ya no se puede mantener que es un parado de larga duración, pudiendo acceder incluso los desempleados si en los dos años anteriores hubieran estado contratados exclusivamente con contratos temporales, incluso los formativos, o se les hubiera extinguido un contrato indefinido en una empresa diferente a la que ahora le quiere contratar. Además, se vuelve a permitir la celebración del contrato para transformar a trabajadores temporales en indefinidos. Concretamente, trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010, siempre que se les transforme dicho contrato en un CFCI con anterioridad al 31 de diciembre de 2010, o trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados a partir del 18 de junio de 2010, siempre que su duración no hubiera sido superior a seis meses, si se les transforma con anterioridad al 31 de diciembre de 2011. Esta duración máxima no será de aplicación a los contratos formativos.

En segundo lugar, el Real Decreto-Ley y la Ley 35/2010 reproducen el cambio normativo ya introducido por la Ley 43/2006, en el sentido de que la indemnización de 33 días por año con el tope de 24 mensualidades derivada del despido objetivo improcedente de los CFCI procede tanto cuando el despido sea declarado así judicialmente, como exigía en un principio lógicamente la Ley 63/2007 al no haberse introducido la figura del «despido exprés», aunque ello planteaba otra serie de problemas interpretativos cuando se pactara en conciliación, como cuando el despido sea declarado improcedente por el empresario. Ya la Ley 43/2006 estableció, a nuestro juicio, con claridad que «si se procediera según lo dispuesto en el **artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET)**, el empresario deberá depositar en el Juzgado de lo Social la diferencia entre la indemnización ya percibida por el trabajador según el **artículo 53.1 b) de la misma ley** y la señalada en el párrafo anterior». En el artículo 56.2 del ET se recogió la novedad importantísima de la Ley 45/2002 tras la Ley 43/2006.

Quizás pasó inadvertido este cambio a las empresas, o fue tardío, habituadas ya al ejercicio del despido disciplinario «exprés», sin el abono de salarios de tramitación, y a la masiva utilización de contratos temporales y a su transformación en CFCI. O quizás se encontraba en el propio juego de los requisitos de forma del artículo 52, y en especial el plazo de preaviso, aspectos que resultan afectados por la reforma laboral de 2010 en el sentido de que se reduce el plazo de preaviso a 15 días y de que el incumplimiento de los requisitos de forma ya no da lugar a la calificación de nulidad (art. 53.4), sino a la de improcedencia.

Pero esta mayor facilidad de abaratamiento del coste del despido en el disciplinario reconocido como improcedente frente a la reducción a 33 días del despido objetivo improcedente hasta la reforma de 2006 ya no era un argumento para justificar una menor utilización de CFCI de lo que cabía esperar. Al contrario, tras la reforma de 2006 baja su proporción sobre el total de indefinidos, pero más bien porque ya no cabía la utilización de CFCI para blanquear contratos temporales pese a que los costes de tramitación del despido objetivo improcedente se igualen con los del disciplinario.

Ello supone que serán de aplicación a estos despidos la, por otra parte, flexible interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia sobre el despido reconocido como improcedente por la empresa ¹.

La reforma laboral de 2010 no sólo deja intacto el procedimiento de despido del artículo 56.2 del ET, no ha recuperado el control judicial de la causa y los salarios de tramitación ², sino que además ha mantenido la ampliación al despido objetivo de CFCI llevada a cabo por la Ley 43/2006, despejando ahora con una nueva redacción cualquier género de dudas, con lo que ha trasladado al despido objetivo de CFCI la problemática suscitada en el despido disciplinario sobre el despido «expres» o despido reconocido unilateralmente como improcedente introducido por la Ley 45/2002 que ha supuesto de hecho, como reconoce el propio Gobierno, no sólo una desjudicialización del despido sino también una descausalización.

Ese deslizamiento no claramente previsto por la reforma de 2002 no tenía más objetivo que abaratar los costes de tramitación del despido cuando la empresa no tuviera mucho interés en acudir a la vía judicial, en caso de poca antigüedad del trabajador, de dificultades probatorias de los incumplimientos del trabajador, o bien para evitar el riesgo o incertidumbre que tiene toda resolución judicial y sus costes ³, o situaciones de conflicto con el trabajador, o, finalmente, para establecer la fecha del cese como de comienzo de la prestación por desempleo. Sin embargo, como ya se ha señalado ⁴, ello no suponía que el reconocimiento de la improcedencia no llevara a la necesidad de justificar, si no de manera plena, sí, al menos, mínimamente, una cierta causalidad de forma que no se pudiera utilizar en supuestos donde la causa alegada sea totalmente inexistente o inventada, que ha sido lo que ha pasado a ser la costumbre aceptada como legal y normal, por lo que la causa se convierte en algo irrelevante.

De este modo, las causas para poder despedir pueden no ser ni siquiera disciplinarias sino empresariales, sean individuales o colectivas, pudiendo desvirtuarse el propio concepto y el procedimiento de los despidos colectivos.

De este modo, algunas sentencias ⁵ entienden que la tramitación de un expediente de regulación de empleo (ERE) según el artículo 51 del ET no es una obligación empresarial ineludible cuando debe afrontarse un despido colectivo, sino un derecho o facultad en orden a poder despedir con una indemnización menor, derecho renunciabile si a cambio se abona la máxima indemnización legal, la del despido disciplinario improcedente.

¹ Así, por ejemplo, la extensión del plazo hasta la conciliación incluso judicial (STS de 3 de noviembre de 2008, Rec. 3287/2007), el que no sea necesario que el depósito de la indemnización sea judicial (SSTS 22 de enero y 6 de marzo de 2008, Rec. 1689/2007 y 4785/2006, y 25 de marzo de 2009, Rec. 41/2008) cuando se exige en el despido objetivo para que no sea improcedente y la posibilidad de cambiar la opción por parte de la empresa si en caso de reclamación del trabajador discrepando sobre la cuantía de la indemnización, la sentencia estableciera una cuantía superior (STS de 18 de diciembre de 2009, Rec. 71/2009).

² Véase la Enmienda 106 de Esquerra/IU/Iniciativa en la tramitación del proyecto de ley de reforma laboral.

³ Lo que lleva a una jurisprudencia con argumentos complicados a que en caso de que los costes reconocidos fueran muy inferiores a los que se reconozcan luego en sentencia en caso de recurso del trabajador se reabra la opción entre indemnización y readmisión (STS de 18 de diciembre de 2009, Rec. 71/2009).

⁴ AGUSTÍ MARAGALL, J.: «El denominado "despido improcedente" como alternativa a la extinción por causas objetivas y al despido colectivo: reflexión crítica y límites». *RDS*, núm. 48/2009, pág. 51.

⁵ TSJ de Galicia de 10 de marzo de 2003, de Baleares de 14 de octubre de 2004 (Rec. 37/2004), del País Vasco de 23 de marzo de 2006 (Rec. 311/2006).

En algún caso más complejo ⁶ se ha mantenido la doctrina según la cual el empresario puede o no acogerse a la modalidad de despido colectivo con independencia de que se superasen o no los umbrales, siempre que se acuerden los ceses con los trabajadores y se les abonase la indemnización por despido disciplinario reconociendo el empresario la improcedencia del despido. El proceso pasa por efectuar un «goteo» de despidos disciplinarios improcedentes pactados con los trabajadores afectados y formalmente reconocidos como improcedentes en el trámite de conciliación administrativa previa, en algunos casos incluso pactado con el comité de empresa con el que se acordó ante un proceso de regularización de plantilla afectando a un número que hubiera obligado a seguir el régimen de los despidos colectivos, y con la condición de que se haría voluntariamente, que los despidos serían pactados con los trabajadores que quisieran causar baja en la empresa, con el pago de la indemnización correspondiente al despido improcedente.

Nos encontramos con una empresa que o bien promueve ella el proceso de regularización o pudiendo darse el caso incluso que lo promueva el comité de empresa, pero que en ambos supuestos se trata de una reestructuración de plantilla por medios no traumáticos, dada la voluntariedad en la aceptación de este sistema por quienes iban a ser despedidos, y que asegura al trabajador la indemnización máxima legal prevista en nuestro ordenamiento jurídico de 45 días de salario por año trabajado con un tope de 42 mensualidades de indemnización, muy superior a la prevista en los despidos objetivos procedentes o a la establecida en los despidos colectivos, salvo negociación al alza, e idéntica a los despidos objetivos declarados improcedentes, en el mejor de los casos.

En las primeras sentencias se acaba devaluando claramente la propia institución del ERE y lo que representa. Desconoce la implicación sindical y de los intereses colectivos en un ERE. No es una simple cuestión cuantitativa o economicista sobre las indemnizaciones. Por eso en su momento se invalidó una modificación sustancial en masa para evitar mediante contratos individuales el procedimiento colectivo del artículo 41 del ET en STC 105/1992, al sustraer la modificación colectiva de la negociación con los representantes de los trabajadores.

Se ha intentado neutralizar esta desviación hacia la descausalización, esta especie de despido libre indemnizado a través de diversas vías interpretativas. Se trata de que no sea el empresario el que determine el régimen aplicable al despido, sino que dependa de la causa efectiva y de distinguir jurídicamente el despido del desistimiento, que no precisa de causa. La necesidad de que el despido sea causal con derecho a la tutela judicial vendría exigida por el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pues al descausalizarse se convierte en desistimiento, lo que vulnera el citado convenio ⁷. Otra vía ha sido el derecho al trabajo (art. 35 Constitución Española) como derecho fundamental y el derecho a la tutela judicial efectiva ⁸. Finalmente se ha planteado recurrir de nuevo a la aplicación de la teoría del fraude de ley resucitando la figura o bien en términos diversos a los planteados en otra época

⁶ STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2009 (Rec. 8063/2008).

⁷ Voto particular a STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2004 (Rec. 2821/2004) y DÍAZ RÁBAGO, M.: «Visión crítica de las causas de extinción del contrato de trabajo» en AA.VV., *La extinción del contrato de trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2006; GUALDA CATALA, F.: «Calificación del despido y estabilidad en el empleo. El despido sin causa y el despido reconocido como improcedente por el empresario». *Observatorio Jurídico Socio-Laboral*, n.º 3, 2009, págs. 10-11.

⁸ BAYLOS GRAU, A.J. y REY PÉREZ, J.: «El despido o la violencia del poder privado», Madrid, 2009, ed. Trotta y BAYLOS, A.: «Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo». *RDS*, núm. 46/2009, págs.11-31.

para declarar nulidades de despido, es decir, aplicando la norma que se trata de eludir por esta vía⁹, o bien la necesaria sujeción del despido a condiciones de fondo y forma (STC 22/1981 y 192/2003), o bien entendiendo que el despido si bien no carece de forma, sí de la forma que permita al trabajador defenderse y ejercer su derecho a un proceso con garantías (STC 47/1985, de 27 de marzo).

Esto es así porque en la actualidad, de *lege data*, no existe una explícita previsión normativa genérica del despido fraudulento o, si se prefiere, arbitrario, en la regulación común del despido. Es cierto que, en un primer momento, se entendió que ello no impedía, en principio, la aplicación supletoria del artículo 6.4 del Código Civil como norma genérica vigente y así, de este modo, con base al referido precepto, la jurisprudencia en una primera época elaboró la doctrina de la sanción de nulidad radical en los supuestos de despido fraudulento, con la consecuencia de la readmisión del trabajador en las mismas condiciones de trabajo¹⁰. No es menos cierto, como se sabe, que debido a la falta de previsión expresa del despido fraudulento en la normativa reguladora del despido disciplinario y su remisión explícita en los despidos colectivos y objetivos únicamente a los supuestos de elusión fraudulenta del empresario de las mayores exigencias del procedimiento del despido colectivo, frente al individual, esto es, artículos 51.1 del ET y 122.1 d) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), la evolución de la jurisprudencia abocó en la doctrina actual que estima que los supuestos de nulidad están enumerados en la ley de forma taxativa o cerrada, artículos 108.2 de la LPL y 53 y 55 del ET, y, por ende, en el estado actual del ordenamiento, el despido radicalmente nulo por fraude de ley carece de todo apoyo legal. De tal forma que no tiene cabida ni siquiera con el carácter excepcional o extremo con que era admitido bajo el imperio del derogado Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral¹¹.

El argumento de la vulneración del principio de igualdad ante la ley entre los trabajadores con derecho a salarios de tramitación y aquellos a los que se aplique un despido exprés ha sido rechazado por la STC 84/2008, de 21 de julio, por considerarse como una opción del legislador ordinario en materia de despido, como ya se sostuvo en SSTC 58 y 69/1983 de 29 de junio y 26 de julio.

El deslizamiento hacia el despido disciplinario como forma habitual de ajuste de plantillas se debe también a que el coste máximo del despido sin causa (despido improcedente) no es desproporcionadamente elevado respecto al coste del despido por crisis. El abaratamiento del despido sin causa no haría más que enquistar un tipo de gestión de la mano de obra y de las crisis de empresa que resulta totalmente incompatible con el tipo de empresa que postula la estrategia post Lisboa¹².

No obstante, cuando el despido «exprés» se refiere a despidos objetivos, incluidos en los CFCI, a diferencia del despido disciplinario, su utilización como forma de reducir plantillas por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, sin acudir al despido del artículo 51 ó 52 del ET, ya no sería posible por lo que la calificación como despido fraudulento aquí no encontraría tantas dificultades. El CFCI, pese a que pueda reconocerse como improcedente por el empresario, sigue sujeto a los límites

⁹ AGUSTÍ MARAGALL, J. *op. cit.*, pág. 65; GUALDA, F.: «Calificación del despido...», *op. cit.*, pág. 19 y ss.

¹⁰ A título de ejemplo, véanse, SSTs de 11 de abril, 16 de mayo y 5 de junio de 1990 (RJ. 3462, 4332 y 5107) y 30 de noviembre de 1991 (RJ. 8425).

¹¹ STS de 2 de noviembre de 1993 (RJ. 8346) y 19 de enero de 1994 (RJ. 352).

¹² CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.A.: «Informe sobre el empleo, 2010». *MTIN*, 2010, pág. 60.

cuantitativos del artículo 51 del ET en relación con el artículo 52 c), es decir, no puede utilizarse para eludir los procedimientos de despidos colectivos. Fuera del CFCI no cabe utilizar la figura del despido objetivo reconocido como improcedente por el empresario¹³, ni siquiera tras la reforma laboral de 2010, que suprime la calificación de nulidad por incumplimiento de los requisitos de forma.

Sin embargo, sí puede utilizarse el despido objetivo «exprés» para supuestos disciplinarios en que el despido «exprés» resultaría más caro (45 días por año frente a 33 y con diversos topes), lo que redundaría en un fraude para el trabajador y para terceros (ahora también para el Fondo de Garantía Salarial –FOGASA–, como se verá). Para evitar esto la Ley de reforma laboral, si bien no aporta medios que impidan un uso inadecuado del despido objetivo, al menos permite al trabajador que alegue el fraude de ley demandar contra el despido objetivo «exprés» para eludir el mayor coste de la indemnización por despido disciplinario. Así, «cuando el trabajador alegue que la utilización del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria, corresponderá al mismo la carga de la prueba sobre esta cuestión». Se abre así una vía para poder controlar el despido exprés aunque sólo sea para el objetivo, no para el disciplinario. Las consecuencias de la impugnación no se prevén, no contemplándose una nulidad del despido para estos supuestos, con lo que podemos encontrarnos de nuevo con un simple cambio del tipo de despido, no de la calificación de improcedencia.

Con la nueva regulación del CFCI, por lo tanto, se diluye el carácter de fomento a cambio de crear un contrato estable con una indemnización de 33 días por año de servicio en los supuestos de extinción sin causa, siempre que el empresario despida reconociendo la improcedencia del despido y ponga a disposición del trabajador la referida indemnización. Modalidad que estaría a medio camino del contrato propuesto por la patronal, con una indemnización única de 20 días y que resulta ser una solución salomónica, de tal forma que la indemnización del despido podría ser superior durante el inicio de la vigencia del contrato (entre 12 y 24 meses), bajando ya una vez pasado este periodo inicial.

De tal modo, sin rebajar la indemnización de 45 días directamente, se ha buscado esta forma indirecta que tiene el mismo efecto en la práctica, pues es previsible que, aun cuando sea posible formalmente celebrar un contrato indefinido ordinario, se reemplace de hecho por el de fomento al haber ampliado los colectivos con los que se puede celebrar a la gran mayoría de trabajadores.

Ahora bien, aun cuando la indemnización de los contratos indefinidos ya celebrados no se modificara y, en todo caso, se presente como una mejora de la indemnización para los trabajadores temporales, evidentemente, lo que se hará de facto es introducir un nuevo binomio. Así, por un lado, se encontrarán los trabajadores con el actual indefinido y con la indemnización más alta, como colectivo congelado, por así decirlo, y a extinguir progresivamente cara al futuro, y, por el otro, los trabajadores con el nuevo contrato indefinido y con la indemnización más reducida, como modelo estándar que vendría a reemplazar el antiguo contrato. Sin mencionar el hecho de que una gran parte de los trabajadores con contratos temporales, que pretende mejorar la patronal, en torno al 40 por 100, son contratos fraudulentos y que, de todos modos, deberían estar con un contrato indefinido y, por tanto, con la indemnización de 45 días de salario por año de servicio.

¹³ STS de 30 de marzo de 2010 (Rec. 1068/2009).

2. Mutualización de parte del coste del despido

La segunda forma de reducir la cuantía de las indemnizaciones es directa. La reforma laboral, respetando las cuantías establecidas para los diversos supuestos de extinción, reduce las cantidades a abonar por las empresas en caso de extinción de los mismos mediante la asunción transitoria por el FOGASA de una parte de las indemnizaciones.

Se trataría de una medida de «flexiguridad», de un compromiso entre mantener los derechos de los trabajadores y a la vez aliviar a las empresas de una parte de los costes extintivos. Esta medida no supone una asunción por el Estado de una parte de los mismos ya que se instrumenta a través de un organismo público que se nutre exclusivamente de cotizaciones empresariales.

Lo establecido en esta disposición será de aplicación hasta la entrada en funcionamiento del fondo de capitalización a que se refiere la disposición adicional décima de la Ley de reforma laboral.

2.1. La intervención del FOGASA

En efecto, respetando las cuantías establecidas para los diversos supuestos de extinción, se reducen las cantidades a abonar por las empresas mediante la asunción transitoria por el FOGASA de una parte de las indemnizaciones, medida que se aplicará exclusivamente a los despidos económicos, sean individuales o colectivos, excluyendo a los despidos de carácter disciplinario. Esta medida no supondría una asunción por el Estado de una parte de los mismos ya que se instrumenta a través de un organismo público que se nutre exclusivamente de cotizaciones empresariales. No obstante, en caso de que éstas pudieran ser insuficientes, el Estado podría verse obligado a intervenir aumentando la cotización al FOGASA o cubriendo el déficit con cargo a sus presupuestos.

La disposición transitoria tercera del Real Decreto-Ley y de la Ley 35/2010 mutualiza parte de los costes de despido con estas condiciones:

- El abono procederá siempre que el contrato haya tenido una duración superior a un año y cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa. En los contratos de duración inferior, la indemnización establecida legalmente será abonada totalmente y a su cargo por el empresario.
- El FOGASA se hará cargo de ocho días por año de servicio de la indemnización, tanto en los contratos de carácter indefinido ordinarios como en los de fomento de la contratación indefinida, celebrados con posterioridad a 18 de junio de 2010.
- Cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del ET o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que se distinga si se trata de despidos procedentes o improcedentes declarados o reconocidos como tales por la empresa. Es decir, difiriendo parte del coste, que se mutualiza entre los empresarios, abaratando la parte que la empresa debe abonar en el momento del despido que quedaría en 12 días y 25 días respectivamente en los diversos supuestos de despido.

- La indemnización se calculará según las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos en función de la extinción de que se trate y de su calificación judicial o empresarial. No será de aplicación en este supuesto el límite señalado para la base del cálculo de la indemnización previsto en el artículo 33.2 del ET (límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias).
- A estos efectos el empresario deberá hacer constar en la comunicación escrita al trabajador el salario diario que haya servido para el cálculo de la indemnización a su cargo.

De esa regulación conviene destacar las siguientes cuestiones:

- 1.^a Se elimina el incentivo del FOGASA a los despidos colectivos y objetivos cuando se trata de contratos de menos de un año. Se podría alegar que puede ser una medida antifraude y encarece los despidos de estos trabajadores, si bien el montante económico nunca sería superior a ocho días de salario. Más que por razones antifraude se trata de excluir las indemnizaciones de los contratos de corta duración para ir preparando la implantación del modelo del Fondo de capitalización inspirado en el sistema vienés en el que no se genera la posibilidad de rescate antes de una determinada duración del contrato, que en ese país se fija en dos años.
- 2.^a Se aplica tanto a los contratos de carácter indefinido ordinarios como a los de fomento de la contratación indefinida (CFCI).
- 3.^a Se aplica sólo a los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor del RDL, creándose de este modo una diferencia de tratamiento entre contratos anteriores a la reforma y posteriores cuando la nueva regulación no conlleva cargas añadidas para tales contratos. No obstante, una extensión a todo tipo de contratos incluyendo los anteriores a la reforma laboral hubiera disparado el gasto de manera insoportable para el FOGASA.
- 4.^a Se ha discutido si también se abona en caso de despidos improcedentes y sobre todo si son «expres» o sólo en caso de despidos procedentes. En cuanto al abono por el FOGASA la propuesta de RDL, que no ha modificado la Ley de reforma laboral, dice que «extinguido el contrato por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del ET» en cuyo caso el Fondo abonará una cantidad de 8 días de salario por año de servicio. Con esta regulación no operaría el Fondo en caso de despido sin causa acreditada, como por ejemplo el despido objetivo declarado improcedente o reconocido improcedente, en cuyo caso no se podría considerar extinguido por las causas de los artículos 51 y 52, dado que la declaración de improcedencia implica que no se ha estimado la causa ¹⁴.

Sin embargo, esta interpretación a nuestro juicio tropieza con el tenor literal del precepto que no exige que se trate de despido procedente como tampoco lo exigía el artículo 33.2 del ET, sino sólo que se reconociera judicial o administrativamente («El FOGASA, en los

¹⁴ GUALDA, F. y GUALDA, M.: «Principales novedades del RDL 10/2010, de 16 de junio (BOE de 17 de junio), sobre medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo». *RDS*, núm. 50/2010, pág. 226. Muestra también ciertas dudas BLASCO PELLICER, A.: «La reforma de la extinción del contrato de trabajo en el RDL 10/2010», en AA.VV., *La reforma laboral en el RDL 10/2010*. Valencia, 2010, Tirant, pág.70.

casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio»).

Además, la fórmula utilizada es la misma que la actual para empresas de menos de 25 trabajadores (art. 33.8 ET) y se da aun cuando el despido sea improcedente según la jurisprudencia. Otra cuestión bien distinta es si resulta admisible la subvención del FOGASA en caso de despido reconocido como improcedente por el empresario, pero en razón del propio cuestionamiento de la figura, dada su utilización no causal. Y también si existe una diferencia de tratamiento justificada entre despidos objetivos y despidos disciplinarios improcedentes o es arbitraria¹⁵. En cuanto a la inclusión del despido «exprés» o despido reconocido como improcedente, el tenor literal de la ley parece claro: «la indemnización se calculará según las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos en función de la extinción de que se trate y de su calificación judicial o empresarial».

El abaratamiento de los costes de despidos procedentes o improcedentes por causas objetivas, incluso mediante la figura del «despido exprés», confirma lo que decía el documento del Gobierno en el sentido de que contratación temporal e indefinida son las dos caras de la misma moneda. De este modo se corre el riesgo de olvidar, con el espejismo de los contratos indefinidos, que se facilita el despido igual que antes la extinción por llegada del término, pues las indemnizaciones constituyen barreras necesarias para evitar que el despido sea la medida más accesible y sobre todo cuando no haya causas. Por otra parte, el despido improcedente con opción por la indemnización, además de subvencionado con cuotas empresariales, supone también un aprovechamiento de los recursos públicos al transferir a los amortiguadores sociales (prestaciones por desempleo, jubilaciones, en su caso, etc.) gran parte de sus efectos más duros para el trabajador. Una decisión arbitraria y autoritaria del empresario genera además efectos nocivos para el gasto social.

- 5.^a Al afectar a los despidos objetivos aún improcedentes de CFCI, se abaratan todavía más los costes de este despido, que ya de por sí da derecho a sólo 33 días por año. El papel disuasorio del despido que deben cumplir las indemnizaciones, de este modo, pierde su eficacia. No se acaba de todos modos, salvo como preparativo del modelo austriaco, esta subvención cuando por otro lado se trata de clarificar las causas del despido objetivo de manera que éste sea utilizado. No parece, por tanto, coherente que todavía se incentive el despido objetivo exprés subvencionado. De ahí que se propugne la supresión de esta subvención a cargo del FOGASA¹⁶, al menos respecto de despidos improcedentes¹⁷. Incluso respecto de los despidos procedentes no parece que tenga justificación ya que 20 días por año es asumible para las empresas, salvo las de menos de 25 trabajadores. No obstante, hacer entrar en concurrencia un despido objetivo procedente de 20 días con un despido objetivo improcedente subvencionado (en total 25 días) tampoco parece justificado.

¹⁵ En el segundo sentido GUALDA, F. y GUALDA, M., *op. cit.* pág. 226.

¹⁶ Enmiendas 70 y 76 del Grupo Mixto, 52 de Esquerra/Iniciativa y 142 de Esquerra/IU/Iniciativa.

¹⁷ Enmienda número 252 del Grupo Popular.

- 6.^a Al establecer la disposición transitoria tercera del RDL y de La ley de reforma laboral que la subvención del FOGASA afecta a los despidos objetivos de contratos indefinidos ordinarios, pero también de CFCEI, posteriores a la entrada en vigor del RDL, si además probablemente este ámbito restringido puede que se mantenga para el Fondo de capitalización si se sigue la lógica de la disposición transitoria segunda de ambos textos legales, de este modo se genera un nuevo incentivo para la celebración de nuevos CFCEI, aunque también aumenta el riesgo del efecto sustitución de anteriores contratos indefinidos ordinarios, pese a las cautelas contempladas en la ley, que pueden revelarse como insuficientes al fijarse el lapso temporal en sólo seis meses.
- 7.^a La subvención ahora generalizada para despidos por causas empresariales puede, sin duda, facilitar la consecución de acuerdos en ERE de gran afectación al número de trabajadores y que permite, en la práctica, que los mismos tengan una mayor indemnización con el mismo coste empresarial, sobre todo a los trabajadores de más antigüedad. No obstante, al contar de partida la empresa con ocho días puede elevarse la presión sobre los empresarios con la finalidad de obtener indemnizaciones más elevadas.

El abono del 40 por 100 de la indemnización legal en las empresas de menos de 25 trabajadores para los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o CFCEI, anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, se seguirá rigiendo por lo dispuesto en el artículo 33.8 del ET. Los posteriores se regirán ya, al parecer, por la Ley 35/2010, lo que significa:

- Que el beneficio de las empresas de menos de 25 trabajadores pasa a extenderse a todas las empresas perdiendo su carácter singular o especial. De tomar en consideración la menor capacidad económica de la pequeña empresa, la subvención se generaliza y extiende a todas las empresas.
- La intervención del FOGASA no queda condicionada a que la duración del contrato alcance un año de duración. Se exige ahora que el contrato haya durado al menos un año mientras que no es así en el artículo 33.8 del ET para los contratos anteriores a 18 de junio de 2010.
- En la regulación del artículo 33.8 del ET es la empresa la que abona al trabajador la indemnización íntegra sin perjuicio de reclamar al FOGASA el abono del 40 por 100. En la regulación del RDL el abono de la indemnización se solicita por el trabajador al FOGASA y la empresa únicamente lleva a cabo como colaborador el deber formal de «hacer constar en la comunicación escrita al trabajador el salario diario que haya servido para el cálculo de la indemnización a su cargo en los términos que se determinen reglamentariamente». No obstante, tras la Ley de reforma laboral, el mecanismo es similar al actual artículo 33.8 del ET, es decir, anticipo por la empresa, y es ésta la que se resarce el FOGASA. En el Real Decreto-Ley la parte de indemnización se abonaba directamente al trabajador, mientras que en la Ley de reforma laboral «será objeto de resarcimiento al empresario por el FOGASA».
- No se fija ningún límite en cuanto a los años a computar o a los días de salario que ello puede suponer. Esto supone que, como regla general, sería el 40 por 100 de la indemnización del despido por las causas de los artículos 51 y 52, que son 20 días de salario, pero

podría ser un importe superior si el trabajador tiene mucha antigüedad y se aplica el límite de una anualidad («El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo», dice el art. 33.8 del ET), en cuyo caso los 8 días de salario por año de servicio pueden superar el 40 por 100.

- Seguirá siendo innecesario recurrir contra el despido ¹⁸ como condición para obtener la citada subvención, lo que es predicable también ahora para las demás empresas.
- Se trata de una medida transitoria hasta que se ponga en marcha el Fondo de capitalización a que se refiere la disposición adicional décima. Dice la Ley 35/2010 que deberá estar operativo a partir de 1 de enero de 2012, pues debe tramitarse para su constitución el correspondiente proyecto de ley.
- Que los supuestos de despidos objetivos con intervención del FOGASA se amplían a todos los del artículo 52 del ET y no sólo a los de la letra c) como en el actual artículo 33.8 del ET.

2.2. La creación de un Fondo de capitalización

Como dice la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley y de la Ley de reforma laboral, la medida anterior de intervención del FOGASA tiene un carácter coyuntural y sirve como transición hacia un modelo de capitalización individual mantenido a todo lo largo de la vida laboral, por un número de días por año a determinar, para cuya regulación el Gobierno aprobará un proyecto de ley con financiación también a determinar, pero sin incremento de las cotizaciones empresariales. Este fondo individual de capitalización podrá hacerse efectivo por el trabajador para los casos de despido, así como para completar su formación, en supuestos de movilidad geográfica o, en último término, en el momento de su jubilación. Deberá estar constituido el 1 de enero de 2012.

Este modelo, según la Exposición de Motivos de la ley, «se dirigirá a dotar a nuestro mercado de trabajo de una mayor estabilidad en el empleo y una más sana movilidad laboral». Sin embargo, está por ver si la cuantía que alcance la reducción de las indemnizaciones a cargo del Fondo va a generar mayor estabilidad en el empleo o mayor rotación de la mano de obra, pero no las dos cosas a la vez, como dice el preámbulo tanto del Real Decreto-Ley como de la Ley 35/2010.

3. El modelo austriaco

Esta mutualización del coste se ha basado en el denominado «modelo austriaco» del que tanto se ha hablado. No obstante, en realidad pocos conocen en profundidad, a excepción de unas pinceladas superficiales ¹⁹, en qué consiste el tan mencionado y reiterado modelo austriaco, si

¹⁸ STS de 3 de febrero de 2009 (Rec. 226/2008).

¹⁹ Véase sobre este modelo GÓMEZ SÁNCHEZ, V.: «¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austriaco?». *RL*, núm. 12/2010, págs. 135-141; HELMUT HOFER: «La reforma de la ley sobre indemnizaciones por despido en Austria». *RL*, núm. 9/2010, págs. 115-128.

realmente es extrapolable a nuestro régimen jurídico laboral, así como, más importante todavía, si cumpliría la finalidad para la cual se pretende importar.

A mediados de 2001, el Gobierno de Austria anunció su intención de reformar la indemnización estatutaria por despido. Los objetivos eran los siguientes:

- Ampliar el derecho a otros colectivos.
- Establecer costes de despido ciertos para la empresa en el momento de la contratación.
- Facilitar o no desincentivar la movilidad voluntaria de los trabajadores, especialmente por rotación de empleos con la misma o distinta empresa tras contratos temporales. La articulación tradicional de los sistemas de protección del empleo basados en indemnizaciones a abonar por la empresa y prestaciones por desempleo, en el caso de pérdida involuntaria del puesto de trabajo, a su juicio pueden desincentivar la movilidad voluntaria de los trabajadores.
- Introducir la opción de utilizar los pagos a los Fondos profesionales para la mejora de las pensiones.

Detalles importantes como el tiempo mínimo de servicio requerido para tener derecho ya había sido ampliamente discutido. Por último, el Gobierno decidió delegar la redacción de un nuevo régimen de indemnización a los interlocutores sociales. En octubre de 2001, los socios de la coalición llegaron a un acuerdo y en junio de 2002 la nueva Ley de indemnización por despido fue aprobada. El sistema de indemnización por despido fue cambiado por el *Betriebliches Mitarbeitervorsorgegesetz*, también conocido como la nueva Ley de indemnización por despido (*Abfertigung Neu*).

La reforma reemplazó un sistema de indemnizaciones por despido convencional por un sistema de cuentas de ahorro individuales.

El primer objetivo de la reforma es facilitar la rotación y la movilidad laboral. La reforma de las indemnizaciones por despido en Austria se dirigirá a corregir y eliminar las barreras y obstáculos para la movilidad de los trabajadores.

El sistema se financia por los empleadores a través de una contribución mensual, libre de impuestos, del 1,5377 por 100 del salario bruto mensual del trabajador. Téngase en cuenta que el salario medio en Austria es de 36.032 euros/año mientras que en España es de 20.438. Las contribuciones comienzan en el segundo mes de una relación de trabajo y finalizan con su terminación.

Las reclamaciones de indemnizaciones por despido se desplazan hacia y se ejecutan por los denominados **Fondos de provisión de los empleados** (*Mit - arbeitervorsorgekassen*), que son jurídicamente independientes de los empleadores. Los derechos acumulados se integran en uno del empleado hasta su jubilación, a menos que el contrato de trabajo haya sido extinguido por el empleador, en cuyo caso se pueden realizar pagos por los Fondos en concepto de indemnización por despido, siempre que se hubieran abonado contribuciones al Fondo durante los últimos tres años, computando a tales efectos las contribuciones realizadas por los distintos empresarios del trabajador, en su caso, en dicho periodo.

En caso de despido, por tanto, los trabajadores tienen la opción de recibir el pago de indemnizaciones procedentes de sus cuentas de ahorro individuales o trasladar su saldo acumulado al siguiente trabajo, es decir, entre percibir dinero en efectivo o transferir el importe correspondiente en un único pago a un trabajo posterior o a un seguro de pensiones.

Asimismo, en el momento de su jubilación, los trabajadores pueden reclamar un pago a tanto alzado o convertir sus derechos en un pago periódico, esto es, en el abono de anualidades. Mientras que el primero se grava a una tasa de 6 por 100 a efectos del Impuesto sobre la Renta, la segunda modalidad está libre de impuestos.

El nuevo sistema entró en vigor en enero de 2003. Cubre todos los contratos de trabajo celebrados después de diciembre de 2002. Los contratos de trabajo ya en vigor en dicha fecha se siguen rigiendo, en principio, por el sistema anterior hasta el final de la relación laboral. Sin embargo, cabe la posibilidad de una transferencia de la antigua a la nueva Ley de indemnización por despido por acuerdo entre el empresario y el trabajador.

La reforma amplía el derecho a la indemnización por despido considerablemente. El derecho ya no depende de la forma de finalización del contrato ni de la antigüedad del trabajador. En lugar de perder el derecho al pago de indemnizaciones por despido en los casos de extinción voluntaria, los empleados pueden trasladar el saldo acumulado en sus cuentas de ahorro individuales al siguiente trabajo.

Mientras que en el antiguo sistema la cantidad de indemnización por despido aumentaba de acuerdo con la antigüedad del trabajador, alcanzando un máximo de una anualidad después de 25 años de servicios con el mismo empleador, bajo el nuevo sistema la cantidad depende, a partir de su valor nominal, de la capitalización que lleve a cabo el Fondo.

Los Fondos de provisión de los empleados invierten las contribuciones de los empresarios en el mercado de capitales, por lo tanto, la cantidad acumulada de indemnización por despido depende del rendimiento neto anual de los mismos. La cantidad ahora está sujeta a los vaivenes del mercado, con todos los riesgos que ello entraña, aun cuando, como veremos más adelante, el valor nominal de las contribuciones esté garantizado por ley. Sin mencionar que, para alcanzar la cantidad máxima del antiguo sistema, que recordamos se lograba tras 25 años de antigüedad, se calcula que ahora se necesitarán al menos 37 años, siempre y cuando los mercados mantengan un rendimiento medio del 6 por 100, lo cual en épocas como la actual es bastante difícil de lograr y falta ver si se compensará en el futuro con épocas venideras de bonanza que traigan rendimientos superiores al citado medio. De otra parte hay que descontar la inflación, salvo que los salarios mantengan el poder adquisitivo. Con un 1,53 del sueldo bruto el valor nominal sólo alcanza unos 7 días por año. Así, en un sueldo bruto de 1.000 euros mensuales el 1,53 supone 15,3 euros al mes, que es la mitad del sueldo diario bruto (33 euros), que multiplicado por 14 pagas da lugar a 7 días por año de indemnización. Superar esta cuantía de indemnización tan baja dependerá de la rentabilidad de la cuenta individual.

Los **Fondos**, aunque precisan de autorización gubernamental, son de **gestión privada** y, por lo tanto, su finalidad es lucrativa y pueden cobrar gastos de gestión y mantenimiento. Estos gastos pueden alcanzar desde el 1 por 100 hasta el 3,5 por 100 de las contribuciones anuales de indemniza-

ción por despido. En la actualidad las tasas reales de gestión y mantenimiento se encuentran entre el 1,8 por 100 y el 2,9 por 100. Adicionalmente los fondos de provisión de los empleados pueden cobrar hasta un 0,8 por 100 del capital invertido.

Se establecieron nueve Fondos de gestión privada para recoger las cuotas mensuales, invertir las en el mercado de capitales y pagar las indemnizaciones a los empleados con derecho.

El empleador debe suscribir un contrato con uno de los Fondos de provisión de empleados para cubrir a todos sus trabajadores que estén en el nuevo sistema de pago de indemnizaciones. La elección de Fondo se lleva a cabo mediante acuerdo colectivo. Si no existe representación legal de trabajadores en la empresa y, por tanto, no puede haber acuerdos colectivos, la elección corre a cargo del empresario. Es posible cambiar anualmente a otro Fondo distinto.

Los Fondos pueden invertir un máximo del 25 por 100 en el mismo grupo de entidades de crédito, préstamos y créditos, bonos, acciones (en un máximo del 40%) y en certificados de participación de la inversión. En principio, un máximo de un 50 por 100 se puede invertir en moneda extranjera y un tope de un 10 por 100 en bonos y acciones de una misma empresa. En 2006, sólo el 15 por 100 de los activos se había invertido en acciones. Los Fondos alegan que un alto rendimiento sólo es posible si las inversiones se concentran en renta variable. No obstante, esto en la práctica es difícil debido a que se debe tener liquidez ante las posibles reclamaciones de pagos, de tal modo que el horizonte de inversión es relativamente corto. Casi uno de cada dos empleados con derecho a recibir una indemnización opta en la actualidad por el desembolso de la misma y no la aplaza a la edad de jubilación.

Entre 2004 y 2006, los activos administrados por los fondos de empleados aumentaron de 365 millones de euros a 1.130 millones de euros. Son 2,3 millones de empleados los que han adquirido los derechos en el nuevo sistema de indemnización por despido.

Si bien la reforma amplió el número de trabajadores con derecho a indemnización por despido considerablemente, sin embargo, el promedio de pago por despido será menor en el nuevo sistema en comparación con el antiguo sistema.

Además, a partir de 2008 el número de personas con derecho a indemnización por despido aumentará aún más con la introducción de la llamada figura «Libre Dienstnehmer», una condición híbrida entre empleados y trabajadores autónomos, el equivalente a nuestros TRADE (trabajadores autónomos económicamente dependientes), además de la inclusión de los trabajadores autónomos del sector del comercio. Los agricultores también tendrán la posibilidad de optar al nuevo sistema.

El nuevo sistema de indemnización por despido ofrece muchas **ventajas para los empresarios**:

- Se evitan problemas de liquidez derivados de los pagos simultáneos de varias indemnizaciones y se evita la incertidumbre en relación con los costos de la indemnización por despido en el momento de la contratación.
- Abarata los costes del despido.

Para los trabajadores la única ventaja es la siguiente:

- Se reducen los costes de movilidad en el empleo porque no pierden su derecho a indemnización por despido al cambiar voluntariamente de trabajo o por despido procedente. La pérdida del derecho a indemnización por despido creaba un fuerte incentivo para que los trabajadores con mayor antigüedad no abandonaran sus puestos de trabajo voluntariamente. El nuevo sistema de pago por despido elimina este factor disuasorio con respecto a la movilidad en el trabajo.

Sin embargo hay que tener en cuenta:

- Que en la actualidad no existen estudios que cuantifiquen el impacto real del nuevo sistema sobre la movilidad laboral. Es muy probable que el impacto sea más bien modesto, pues casi todos los trabajadores con mucha antigüedad todavía están cubiertos por el viejo sistema.
- Por otra parte, la falta de movilidad laboral puede estar justificada y ser positiva si la inversión en la empresa se apoya en mano de obra experimentada y si se da una cierta formación e integración del trabajador en la misma con perspectivas de promoción. En cambio, es cuestionable si el nuevo sistema es un instrumento eficaz para aumentar la experiencia o formación de los trabajadores, dado que no hay ya vínculo entre el derecho a la indemnización por despido y el grado de experiencia, formación o antigüedad. Es decir, corre el riesgo de no «fidelizar» al trabajador.
- Reparte entre todas las empresas los costes del despido, tengan más o menos rotación, sea cual sea el tipo de despido y la causa, sea cual sea su tamaño, pero con unos costes muy bajos.
- Puede aumentar los despidos, aunque en Austria ya se partía de una alta rotación en el empleo. Es decir, el coste marginal de despedir a un trabajador es cero, lo que puede originar una excesiva rotación y aumentar todavía más los despidos de trabajadores en general y en especial los de edad avanzada y su sustitución por mano de obra más joven y más barata. Desaparece el papel disuasorio del despido que tienen las indemnizaciones, es decir, el recurso al despido como primera opción. También va a la contra del comportamiento social responsable de la empresa.
- En cuanto a la cuantía de las indemnizaciones, el sistema de Fondos, incluso en las estimaciones más optimistas de rentabilidad, no garantiza los mismos niveles que antes de la reforma al depender ahora en buena medida de la rentabilidad de la capitalización. No cumple el papel de seguro de rentas ante las incertidumbres del mercado. Como ya se ha señalado, los Fondos de empleados sostienen que un alto rendimiento sólo es posible si las inversiones se concentran en renta variable, pero en la práctica es difícil debido a que se debe tener liquidez ante las posibles reclamaciones de pagos, de tal modo que el horizonte de inversión es relativamente corto. Además hay que deducir los gastos de gestión y mantenimiento.
- Sí que mejora a los colectivos o a las extinciones que antes no tenían derecho a indemnización. Uno de los objetivos explícito de la reforma austriaca fue la eliminación de desigual-

dades en la distribución del pago de la indemnización por despido entre los empleados. Así, como resultado de la reforma, son muchos más los empleados que tienen derecho al pago de la indemnización por despido, en particular los trabajadores con contratos temporales de corta duración.

En cuanto a **su papel como mejora de las pensiones de jubilación** hay que recordar que el Gobierno no quería articular la posibilidad de pagar indemnizaciones directamente a empleados a la finalización de su empleo, sino un modelo que favoreciera que el pago de las indemnizaciones se destinara a financiar fondos de pensiones a favor de los trabajadores. Al final, los interlocutores sociales y el Gobierno acordaron un compromiso por el que el abono directo de las indemnizaciones por despido a los trabajadores a la finalización de sus contratos, fuera gravado, a efectos de impuesto sobre la renta, a un tipo fijo de un 6 por ciento, mientras que las indemnizaciones por despido destinadas a financiar fondos privados de pensiones quedaran libres de impuestos.

Se trataba de que los pagos de la indemnización por despido también contribuyesen a la expansión del segundo pilar del sistema de pensiones, el nivel complementario, subdesarrollado hasta ese momento. La idea era que el nuevo sistema además contribuyera a la mejora del mercado de capitales en Austria y a reforzar el pilar complementario o de capitalización del sistema de pensiones. La reforma sustituye el anterior sistema de prestaciones definidas por un régimen de aportaciones o contribuciones definidas.

Sin embargo:

- La posibilidad de reclamar pagos en efectivo, después de la terminación del empleo, disminuye considerablemente el rendimiento esperado en el mercado de capitales y la relativa baja tasa de contribución implica que el nuevo sistema no pueda generar los ingresos suficientes para contribuir a la expansión del segundo pilar del sistema de pensiones en Austria. Cabe señalar que las fuentes disponibles evidencian que un número de trabajadores considerables prefieren el desembolso en efectivo del pago de las indemnizaciones, frente a su inversión en un plan de pensiones nominal.
- La cuota de contribución del 1,5377 por ciento es demasiado baja para generar un importante segundo pilar de ingresos para la jubilación que podría ayudar a mantener las actuales tasas de sustitución. Para ello se calcula que se debería aumentar la cuota de contribución al 5 por 100.

4. El modelo español

Sin perjuicio de que la ley que regule el Fondo de capitalización concretará los aspectos más importantes del mismo, podemos adelantar y visualizar algunas de las cuestiones clave.

En cuanto al ámbito subjetivo habrá que precisar si este Fondo y su cotización afectará a los contratados con posterioridad a la ley por la que se constituya el mismo, a los contratados con pos-

terioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley o, también, a los contratados con anterioridad a la entrada en vigor del mismo. Si se sigue la lógica de la disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley y de la Ley de reforma laboral, parece que debe aplicarse a los contratados con posterioridad a la reforma laboral.

Habrà que precisar si este nuevo sistema sustituye también a las intervenciones actuales del FOGASA en empresas de menos de 25 trabajadores (art. 33.8 ET). No obstante, si se tiene en cuenta la referida disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley y de la Ley de reforma laboral habrá que distinguir entre contratos anteriores al 18 de junio de 2010 y los posteriores. Los primeros seguirán como hasta ahora rigiéndose por su normativa propia (art. 38.3 ET), mientras que a los posteriores se les aplicará el nuevo sistema de capitalización. De ser así, probablemente se desvirtúa un tanto la finalidad de la subvención a la empresa de menos de 25 trabajadores igualándola con la de más trabajadores, pues la subvención dejará de ser fija y cierta como hasta ahora para pasar a depender de la suerte del Fondo de capitalización del trabajador, de su trayectoria, de sus empleos anteriores, de si se ha rescatado o no antes, etc., es decir, de factores que nada tienen que ver con la consideración especial de la pequeña empresa en cuanto destinataria de ayuda a los costes del despido.

De este modo, además de que se descargarán buena parte de los costes del despido al Fondo de capitalización, a diferencia del sistema actual del FOGASA, la cotización y capitalización al nuevo Fondo se produce independientemente de que se produzcan despidos o no, con lo que el peligro puede ser que se desborden los gastos y tenga que hacerse cargo del déficit el Estado.

Habrà que determinar el número de días que cubrirá el Fondo en caso de despido y, sobre todo, en los demás supuestos que se podrá hacer efectivo el pago, esto es, movilidad geográfica, formación²⁰ y jubilación, pues ni siquiera se desvela si la cantidad que finalmente se cubra será de un determinado número de días de salario o de una cantidad indeterminada que dependerá de la evolución de la capitalización de los recursos en el mercado financiero. También habrá que precisar si tales días excluyen la toma en consideración para la deducción empresarial de los rendimientos de la capitalización.

Habrà que precisar, por un lado, en qué supuestos de despido se deducirá el empresario de la indemnización a abonar, si en aquellos en que ya interviene actualmente el FOGASA o también en otros supuestos. La referencia al despido parece excluir otros supuestos extintivos como la terminación de contratos temporales o la extinción a iniciativa del trabajador en los casos de los artículos 40, 41 y 50 del ET. Y, por otro, si la cantidad deducible será aquella que hubiera ingresado el empresario que despide o si se beneficiará de lo que hay ingresado por las empresas anteriores en que el trabajador haya prestado sus servicios, si no han sido utilizadas.

²⁰ Algunos grupos parlamentarios propusieron en la tramitación del proyecto de ley que lo acumulado en el Fondo pudiera servir para fomentar el autoempleo cooperativo de manera similar al pago único (146 Esquerra/IU/Iniciativa, 180 Grupo Mixto, 344 CIU) pero no se recogieron estas enmiendas.

En cuanto al régimen jurídico que tendrán dichas cantidades que se abonarán al trabajador, habrá que precisar las responsabilidades y garantías para los supuestos de falta de capitalización y de abono de las cantidades por parte de la empresa, si podrán ser reclamadas por el trabajador o sólo por el Estado o por ambos, y cómo influirán los descubiertos sobre los derechos del trabajador y sobre el descuento de las empresas de las indemnizaciones por despido.

Habrà que concretar si la empresa que no esté al corriente del pago no podrá beneficiarse de las mismas o podrá ponerse al día antes de que se produzca el «hecho causante».

También habrá que abordar si la empresa que despida y esté al corriente podrá bonificarse de todo lo capitalizado o sólo de un número de días.

Habrà que resolver si la deducción de ese número de días se producirà independientemente de la existencia de vacío de cotización y en función de si éstos han sido reclamados o no por el trabajador o por el Estado.

La existencia del Fondo puede condicionar de una manera importante las decisiones empresariales sobre la contratación y el despido pues serán variables en función de la capitalización adquirida por el trabajador, lo que le puede hacer más «colocable», pero también más «despedible» según los casos.

Pero probablemente el aspecto que más condiciona su eficacia es cómo se va a financiar. Hay varias alternativas:

- Financiación por el Estado exclusivamente, con lo cual se produciría una cierta socialización del coste del despido. Podría llevarse a cabo mediante una parte de las cotizaciones empresariales actuales a la Seguridad Social, esto es, sin incrementarlas como destaca la norma, sino redistribuyendo las cuotas actuales para otras contingencias, como accidentes de trabajo o contingencias comunes, para destinarlas al pago de estos días de indemnización. Pudiéndose compensar con excedentes de las mutuas o incluso se podría establecer la obligación empresarial de aportar la financiación pero al margen de las cotizaciones. No obstante, parece que en la Ley 35/2010 hay un compromiso de no incrementar los costes empresariales.
- Financiación también por el trabajador, en parte. Ya existen propuestas como las del informe «Doing Business 2009» del Banco Mundial que plantea que se destine al Fondo una parte del salario del trabajador. Otros autores dicen que debe ser costado por empresarios y trabajadores.
- Financiación sólo por los trabajadores (informe de la OCDE, «Objetivo Crecimiento 2007»). Esta última posibilidad parece inviable ya que sería incoherente con la naturaleza compensatoria de la indemnización por cese que tuviera que compensarse a sí mismo en parte el propio trabajador.

De otra parte, aunque la aportación al Fondo se lleva a cabo desde el primer día, no será posible retirar las cantidades acumuladas antes de un año de vida laboral, con lo que el trabajador única-

mente estaría protegido durante ese periodo como hasta ahora por la indemnización por despido y por las prestaciones de desempleo. Ese año opera como periodo de carencia, de manera similar a las prestaciones de la Seguridad Social.

Pese a que no se podrá empezar a percibir hasta transcurrido un año, eso no quiere decir que el derecho a la cotización no opere para todos los trabajadores, esto es, también los temporales, pues aun cuando sólo se les pueda aplicar al despido y no a la extinción por llegada del término, se crearía una desigualdad sin justificación, pues, si no se cotiza también en los trabajadores temporales, obviamente les perjudicará en un futuro cuando accedan a un contrato indefinido, ya que la cantidad que tenga acumulada sólo será a partir de la conversión en indefinido. Lo que podría suponer una clara discriminación. De ahí que aun cuando no cabe rescatar la cantidad capitalizada, ello no es óbice para que los trabajadores temporales tengan los mismos derechos que los indefinidos.

Su papel como plan de pensiones nominal se verá reducido tanto por la posibilidad de los trabajadores de reclamar pagos en efectivo después de la terminación del empleo, pues es previsible que la mayoría de los trabajadores opten por esta alternativa, como por la dificultad de establecer una cuota de contribución lo suficientemente alta para cumplir esta finalidad, que debería estar en torno al 5 por 100, lo cual es improbable teniendo en cuenta que se dice expresamente que se hará sin incrementar las cotizaciones empresariales y que la única otra alternativa es que, como hemos visto, lo paguen los trabajadores o el propio Estado.

En cualquier caso hay que tener presente que también tiene otras finalidades, como promover la movilidad o la formación. Sin embargo, también aquí, como destaca la doctrina ²¹, surgen muchas dudas. Así, por ejemplo, si cuando se habla de movilidad geográfica se está haciendo referencia al régimen del artículo 40 del ET, esto es, medidas de flexibilidad interna o, por el contrario, se trata de fomentar el cambio de empresa en localidad distinta, esto es, medidas de fomento del empleo y la contratación, lo que, a mi modo de ver, está más acorde con el modelo austriaco en el cual se basa. En efecto, pues de lo que se trata, como hemos visto, es de incentivar la movilidad a través de la reducción de la pérdida del derecho a indemnización en los casos de dimisión, para que ya no sea tan relevante, aumentando así la flexibilidad externa. Cabe plantear si también podría utilizarse para hacer frente a la indemnización empresarial por traslados si el trabajador opta por extinguir el contrato con base en el artículo 40 del ET. A nuestro juicio no, puesto que no estamos propiamente ante un despido. Creemos que la inclusión de la movilidad geográfica debe hacer referencia a incentivar la movilidad laboral fuera del contrato para hacer frente a gastos que en estos momentos sólo se cubren excepcionalmente por los Servicios de Empleo ²².

Al desaparecer la apariencia de coste privado, por su socialización empresarial, la extinción del contrato puede verse por la empresa como un recurso fácil e indiscriminado. En otras palabras, el nuevo sistema de pago de indemnización por despido por la deducción del Fondo no contiene elementos de un impuesto sobre el despido cuyo objetivo es hacer que las empresas internalicen los costes exce-

²¹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La modificación de condiciones de trabajo tras el RD-Ley 10/2010», en *La Reforma Laboral de 2010*, Director SEMPERE NAVARRO, A.V., Pamplona, 2010, pág. 289.

²² Véase el Real Decreto-Ley 2/2008, de 21 de abril, que prevé en sus artículos 8 y siguientes, además de un plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, subvenciones para la búsqueda de empleo y para facilitar la movilidad geográfica.

sivos de rotación laboral. Es decir –al igual que se vio al tratar el modelo austriaco–, al incidir sobre el coste marginal de despedir a un trabajador puede originar una excesiva rotación y aumentar todavía más los despidos de trabajadores en general y, en especial, los de edad avanzada y su sustitución por mano de obra más joven y más barata. El papel que tienen las indemnizaciones de disuadir del recurso al despido como primera opción desaparece. De otra parte, la mayor rotación puede incrementar los gastos de desempleo, como ocurre con la rotación derivada del abuso de la temporalidad.

Por eso algunas propuestas españolas (BBVA) planteaban la posibilidad de que la empresa pagara una indemnización al trabajador de 8 días de salario por el primer año de trabajo, 12 por el segundo, 16 por el tercero y 20 por el cuarto y siguientes y el resto con cargo al Fondo. Es decir, una mezcla o combinación de contrato único con el sistema austriaco.

Hay que recordar que también aumentarían los despidos, la rotación y los gastos de desempleo con el sistema escalonado de indemnizaciones de la propuesta de contrato único pues las empresas despedirían antes de que las indemnizaciones empezaran a ser más altas tras los dos primeros años, volviendo a contratar para el mismo puesto al mismo o a distinto trabajador, aunque en el primer caso constituyera un claro fraude de ley.

De otra parte, tras la reforma laboral de 2010 se pueden acentuar las divisiones entre los trabajadores: entre los fijos ordinarios y los de CFCI, entre los antiguos contratos indefinidos y los nuevos, sean de una u otra modalidad a efectos de la intervención del FOGASA en los costes del despido. Y también entre las empresas que despiden y las que no, lo que puede agravarse con la constitución del Fondo de capitalización, entre empresas que han cotizado durante mucho tiempo pero no han despedido y las que con contratos de menor duración despiden aprovechándose de lo acumulado por el trabajador en empleos anteriores.

III. MEDIDAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Ahora bien, no hay que olvidar que las empresas utilizan, de facto, el recurso a la contratación temporal como fórmula de abaratamiento del despido, lo cual se demuestra gráficamente por el hecho de que desde hace más de 25 años un tercio de la población activa tiene trabajos temporales, precarios, con bajas indemnizaciones. Por ello, mientras sea más barato y no haya un verdadero control sobre la contratación temporal laboral será difícil rebajar la precariedad del mercado laboral. En efecto, pues mientras se pueda tener a trabajadores prácticamente sine día con contratos de obra o servicio, bien directamente, bien a través de contratas, con una indemnización de ocho días, cuando finalmente se extinga el contrato, la mayoría de las veces por decisión unilateral de la empresa es

complicado que un empresario contrate a un trabajador de forma indefinida, aun cuando se rebaje la cuantía de la indemnización por despido.

Por ello, se ha actuar también al mismo tiempo sobre la regulación de la contratación temporal.

En primer lugar la reforma incide sobre la duración del contrato de obra, estableciendo una duración máxima de 3 años, ampliables hasta 12 meses más por la negociación colectiva sectorial estatal o de ámbito inferior²³. De nuevo, al igual que en la reforma de 2004 con el contrato de eventualidad, se otorga un papel relevante a la negociación colectiva sectorial común para ampliar la duración del contrato²⁴ con la diferencia, no obstante, de que en el caso del contrato de obra no se alegan las causas que habilitarían a la negociación colectiva. En efecto, el artículo 15.1 b) del ET autoriza a la negociación colectiva sectorial la duración de estos contratos de eventualidad y el periodo dentro del cual se pueden realizar «en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir». En cambio, en el contrato de obra no hay obligación por parte del convenio de alegar las causas que justifiquen la ampliación, por lo que no cabe control alguno, por débil que éste pueda ser en el contrato de eventualidad.

Aun cuando esta duración se refiere a contratos de obras legales –suponiendo que se considere verdaderamente como una obra trabajos que pueden durar hasta cuatro años, fuera del sector de la construcción, como se ha señalado²⁵–, al fijarse un plazo máximo parece de este modo darse una apariencia de legitimidad a la contratación de obra por sí misma sin precisar de justificación casual, como ya ocurrió con el establecimiento de límites al encadenamiento en la reforma de 2006. Puede ser discutible que la negociación colectiva sea llamada precisamente para permitir incrementar la duración máxima del contrato de obra, en la línea, ya desde la reforma de 1994, de cierta descarga de responsabilidades y de una pretendida flexibilidad en la adaptación a las circunstancias de cada sector. En el caso concreto del contrato de eventualidad, en ocasiones las posibilidades ampliatorias de la negociación colectiva sectorial han podido impedir en ciertos casos la configuración del fijo discontinuo. En cambio, en otros sectores, como en la construcción dentro el propio concepto de obra la negociación colectiva ha permitido, dentro de la precariedad, una cierta estabilidad.

En segundo lugar, si los supuestos de obra estuvieran verdaderamente justificados, no se explica que se le fije una duración máxima y una indemnización por terminación del contrato. Más bien parece constatarse cierta dificultad para un control efectivo y real del uso abusivo de la contratación temporal. Por esta razón, para algún sector de la doctrina, la modificación efectuada viene a desna-

²³ En este punto, diversas enmiendas presentadas al proyecto de ley pretendían ampliar más el supuesto, bien por la vía de la duración (a 4 prorrogable hasta 5 Enmienda 207 del Grupo Popular; o sólo en obra pública hasta su terminación, Enmienda 79 del Grupo Mixto, 2 años prorrogables por 2 más por convenio colectivo, Enmienda 90 del Grupo Mixto, o en empresas que no superen el 10% de temporalidad, a 4 años, como en la Enmienda 184, PNV) o bien por posibilitar convenios colectivos no sectoriales (Esquerra, Enmienda n.º 24), incluso de empresa (CIU, Enmienda 293). En cambio, otros Grupos lo reducían a 2 años ampliables 6 meses por convenio colectivo sectorial (Grupo Mixto, Enmienda 57; Esquerra/IU/Iniciativa Enmienda, n.º 97).

²⁴ Sobre esta temática véase por todos PEREZ REY, J. y TRILLO PARREGA, F.: «La contratación temporal entre la ley y el convenio colectivo», en *La negociación colectiva ante la crisis económica*, Albacete, 2010, analizando las posibilidades que ofrece el propio artículo 15 del ET y el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-1012 (BOE de 22 de febrero).

²⁵ ANGUINETTI, W. en Fundación primero de mayo, documentos sobre la reforma laboral, julio 2010.

turalizar la esencia del contrato de obra ²⁶, introduciendo una desconexión entre la causa de la temporalidad y la vigencia del contrato. La primera ahora justificaría el recurso a la temporalidad, pero no determinaría ya, al menos de forma completa, la duración del contrato, pues éste se puede extinguir aún cuando todavía subsista la causa. Lo cual aproxima la figura ahora a la modalidad del contrato eventual, lo que podría ahora originar problemas de deslinde con esta figura, ya que también en esta modalidad lo que justifica su celebración es la eventualidad, pero el contrato se extingue llegado al término fijado o a su duración máxima aún cuando persista la causa. De este modo, a su juicio, se desvirtúa la causalidad exigible en ambas modalidades de contrato temporal, en aras de una mayor seguridad jurídica en la extinción del contrato, ya que resulta más fácil probar el vencimiento del término que la finalización de la causa.

Sin embargo, a nuestro juicio, lo que la reforma pone de manifiesto es el reconocimiento de la dificultad de controlar la causalidad en la contratación temporal, con la excepción del contrato de interinidad, y la renuncia implícita a hacerlo, optando por una presunción objetiva. Ante la dificultad de recuperar la causalidad redefiniendo o simplemente suprimiendo el contrato de obra, que en última instancia dependería de la interpretación judicial, la reforma de 2010 opera mediante controles externos, esto es, mediante una especie de presunción *iuris et de iure*, como en la reforma de 2006, según la cual una sola obra, aunque realmente sea tal cuando alcanza cierta duración, adquiere tal carácter estable o permanente que la empresa al menos a partir de cierto momento debe asumir el riesgo y considerar al trabajador como indefinido. Así, como dice la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley y de la Ley de reforma laboral, se trata de medidas dirigidas a establecer un límite temporal máximo en los contratos para obra o servicio determinado, límite a partir del cual ha de considerarse que las tareas contratadas tienen naturaleza permanente y han de ser objeto de una contratación indefinida. Ya no se trata sólo de atacar la contratación temporal en fraude de ley sino de considerar que a partir de cierta duración la causalidad en la contratación de obra o servicio se debilita o decae. No obstante, como se verá más abajo, ello no afecta a los sectores que más utilizan esta modalidad contractual, como la construcción u otros en que la negociación colectiva estatal haya previsto la figura del contrato fijo de obra.

En tercer lugar, se incrementa hasta 12 días la indemnización por finalización de contratos temporales. La reforma modifica el artículo 49.1 letra c) del ET dejando intactos los supuestos que llevan consigo indemnización (obra o servicio, eventualidad fundamentalmente ²⁷) para elevar la indemnización actual de 8 días por año a la finalización de los contratos de obra o servicio y eventualidad a 12 días por año.

No obstante, se establece un incremento progresivo a razón de 1 día más por año a los contratos que se celebren a partir del 1 de enero de 2012, hasta llegar a 12 días por año para los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2015. Esto finalmente supone un incremento del 50 por 100 de

²⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V. y PÉREZ CAMPOS, A.I.: «Contrato para obra o servicio determinado», en *La Reforma Laboral de 2010*, Director SEMPERE NAVARRO, A.V., Navarra, 2010, pág. 173.

²⁷ Aunque también el contrato de relevo (STS de 11 de marzo de 2010, Rec. 135/2009, frente a TSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2009, Rec. 4305/2009, que interpretó que no se preveía esta indemnización en el RD 1131/2001), ya que el artículo 49.1 c) del ET sólo excluye interinidad y formativos y el contrato de relevo no es propiamente un contrato de interinidad. El pronunciamiento del TS cabría extenderlo también al contrato de sustitución de jubilados a los 64 años. No se extiende expresamente a formativos. La Enmienda de Esquerra/IU/Iniciativa número 27 al proyecto de ley planteaba extenderla también a los contratos actualmente excluidos.

la indemnización actual. Como dice la Exposición de Motivos tanto del Real Decreto-Ley como de la Ley «razones de prudencia aconsejan implantar este incremento de una manera gradual y progresiva por la incidencia que su aplicación inmediata pudiera suponer sobre la creación de empleo» como si el encarecimiento de la contratación temporal fuera excesivo e inabordable para las empresas. La nueva indemnización podía haberse ya aplicado a los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor de la reforma sin escalonar la indemnización también en función de la fecha de celebración de los contratos, o bien acortando el plazo de aplicación en el régimen transitorio.

De nuevo se trata de insistir sobre la incidencia disuasoria de las indemnizaciones por extinción de los contratos, en este caso temporales, sobre la contratación. Sin embargo, se trata en realidad de una medida débil para luchar contra la utilización excesiva de estos contratos temporales y de aplicación muy temerosa y además con un escalonamiento excesivo. Una medida más contundente hubiera sido fijar una indemnización más elevada y más próxima a la del despido objetivo.

En efecto, pues aún cuando ahora se equipara el coste de la finalización de un contrato temporal con el de un despido procedente por las causas de los artículos 51 y 52 del ET, que queda asimismo en 12 días para la empresa, ya que los otros 8 son a cargo del FOGASA, sin embargo, el coste del despido improcedente exprés sigue siendo de 33 o incluso 25 ahora con el CFCI, por lo tanto está por ver si finalmente resulta ser una medida disuasoria para la utilización abusiva de la contratación temporal.

Podría finalmente tener más efectividad si la indemnización por finalización de contrato temporal de obra o servicio y de eventualidad, por otra parte, no se deduce de la indemnización por despido improcedente en caso de que la contratación temporal se hubiera realizado en fraude de ley, pues no hay norma alguna que prevea esta deducción ni cabe hablar de enriquecimiento injusto²⁸. No parece jurídicamente aceptable que para enervar este efecto jurídico se proceda a abonar una indemnización por finalización de contrato temporal más elevada que la legal alegando que se trata de indemnización «por despido»²⁹.

Finalmente, tras la reforma laboral de 2010 habrá que plantearse, asimismo, la indemnización del contrato coyuntural de fomento de discapacitados (disp. adic. 1.ª Ley 43/2006), pues al haberse equiparado o, al menos, cuando se produzca dicha equiparación de días de indemnización en 2015, esta modalidad contractual, al tener la misma indemnización que la contratación estructural, habrá perdido su especialidad, consistente en que a cambio de no exigir «causalidad» se establece una indemnización en su momento más elevada (12 días por año) pero que ahora se iguala a la común cuando se celebren contratos de obra o de eventualidad.

²⁸ STS de 31 de mayo de 2006 (Rec. 1802/2005).

²⁹ Pese a que se acepta por STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2009, Canarias de 5 de noviembre de 2008.