

LA NECESIDAD DE FLEXIBILIZAR Y RACIONALIZAR EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESPIDO

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

EXTRACTO

Palabras Clave: Despido, Propuestas Reforma Laboral

Ya han habido numerosas medidas flexibilizadoras en la última etapa de la dinámica de la relación laboral, en la salida de la empresa, facilitando, de esta manera, una mejor adaptación de la fuerza de trabajo a las cambiantes exigencias del mercado. También se ha abaratado el denominado despido improcedente, esto es, sin causa justificada. Aún así, todavía existe un margen de maniobra para regular de una forma más flexible el régimen jurídico del despido, a la par que abaratar el mismo, pero no a costa de los trabajadores, sino en su favor, promoviendo la búsqueda de fuentes alternativas de puestos de trabajo mediante una buena gestión de las reestructuraciones, mediante la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos. Para ello es fundamental que empleadores y representantes de los trabajadores promuevan la colocación de los trabajadores afectados a través de otros empleos adecuados, es decir, la posibilidad de contemplar la obligación de la empresa de ayudar al trabajador a buscar otro empleo. De esta forma, en lugar de obligar a pactar mayores indemnizaciones, se deben negociar medidas de acompañamiento social, esto es, que se pactara un verdadero Plan de acompañamiento social que paliase de forma efectiva los efectos del despido e hiciera posible la empleabilidad de los trabajadores afectados por estas causas, en lugar de un plan estrictamente económico.

ABSTRACT

Key Words: Dismissal, Proposals to Labour Law reform

In the current dynamic industrial relation scenario, various flexibility measures appeared while at the same time a better adaptation of the work force to the market exigencies is taking place. Also, the cost of unjustified dismissals is cheaper than ever without any justification. Yet, there is a margin to regulate dismissals in a more flexible way, for instance revise the judicial regime of dismissal, while the dismissal can be cheaper but not taking from workers but in favour of them. The goal should be to promote employment alternatives through a good management of restructuring processes, or for instance through a re-adaptation and reconversion with training of those workers. In order to achieve this, is fundamental that employers and workers' representatives promote the insertion in the labour market of affected workers into other adequate employment positions. In other words, that a company provides help to those workers finding new employment. Therefore, instead of forcing companies to pay higher compensation for dismissal or other measures of social protection, the ideal will be to have a more effective way to lower the dismissal effects allowing employability and reinsertion to those affected workers instead of a restrictive economic plan.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ADAPTACIÓN DE LA PLANTILLA A NECESIDADES EMPRESARIALES
3. LA RECOLOCACIÓN DE LOS TRABAJADORES
4. ABARATAMIENTO DEL DESPIDO

1. INTRODUCCIÓN

El debate acerca de la necesidad y conveniencia de introducir medidas flexibilizadoras y correctoras en el Derecho del Trabajo se despierta y reaviva con cada nueva crisis económica que nos embiste, remontándose a tiempos inmemorables para los más jóvenes y que los más viejos logramos ubicar en la crisis económica de los años setenta, conocida también como del petróleo¹.

De este modo, el debate acerca de la flexibilidad encuentra, tradicionalmente, su sustrato vital en la necesidad de reaccionar frente a las situaciones de crisis económicas y la correspondiente destrucción de empleo, con el argumento de que la excesiva rigidez protectora del Derecho del Trabajo hace inviable la posibilidad de que nuestras empresas sean competitivas y superen las situaciones de crisis económica².

Incluso, desde otros sectores, se ha ido un paso más allá y se ha señalado la excesiva rigidez y protección del mercado laboral como la propia causa de las sucesivas crisis³.

Sin embargo, creo que ni una ni otra afirmación son del todo ciertas, pues la llamada época de oro del Derecho del Trabajo surgió a pesar de constantes e innumerables crisis económicas, llegando a decirse que han sido siempre fieles compañeras del viaje histórico del Derecho del Trabajo⁴ y por el otro lado, precisamente ha sido en aquellas épocas, de mayor proteccionismo del Derecho del Trabajo, cuando se han registrado algunas de las mejores situaciones económicas. Resulta, pues, que ese mal endémico no es tan malo cuando las cosas van bien, pero es el culpable de todo en épocas de vacas flacas. Así, ahora, se

¹ Véase ya en este sentido a Martín Valverde, A., “El impacto de la crisis en el derecho del trabajo”, *Temas Laborales*, n.º. 1, 1984 y “El Derecho del Trabajo de la crisis en España”, *REDT*, n.º. 26, 1986, págs. 165 y ss., que señala ya la crisis económica de los años setenta, más conocida como del petróleo, como la causa fundamental del inicio de este debate.

² Sala Franco, T., “El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el derecho del trabajo”, en *la flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, 1993, págs. 9 y ss.

³ González Ortega, S., “La difícil coyuntura del derecho del trabajo”, *RL.*, Tomo II, 1987, pág. 270 y ss.

⁴ Palomeque López, M.C., “un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: la crisis económica”, *RPS.*, n.º. 143, 1984, págs. 14 y ss.

clama al cielo contra un ordenamiento laboral que sin embargo era el mismo en los últimos años donde se habían alcanzado records históricos de creación de puestos de trabajo.

No hay que olvidar que el ordenamiento laboral ya ha sido modificado en sucesivas ocasiones a lo largo de los años, precisamente para ofrecer una mayor flexibilidad en todos los momentos de la relación laboral, tanto en la entrada, como en el desarrollo de la misma, como en la salida, contribuyendo, precisamente, a eliminar los efectos más graves de anteriores crisis económicas sufridas⁵.

Es más, aún a riesgo de ser objeto de burla, se podría defender que el mercado laboral ya es extraordinariamente flexible, debido, como veremos, al impacto de la elevada tasa de temporalidad del mismo, que ya de por sí abarata extraordinariamente la extinción del contrato de trabajo, junto con la posibilidad de acudir a un despido libre, sin participación sindical ni control administrativo alguno, favoreciendo la gestión individualizada y en tantas ocasiones arbitraria de los despidos. De tal modo que, como se está viendo, lamentablemente, la destrucción de empleo puede ser rápida, silenciosa y sin apenas control sobre las causas de las extinciones contractuales, siendo fácil ajustar las plantillas, más que a necesidades productivas, a expectativas de desconfianza y de incertidumbre⁶.

Ahora bien, partiendo de esta premisa, no obstante, el Derecho del Trabajo, como todo ordenamiento, debe adaptarse a la realidad social que está en constante evolución, “el derecho del trabajo volver atrás no quiere y quedarse quieto no puede”⁷. A título de ejemplo, podemos destacar el progresivo retraso en el acceso al mercado laboral, el paulatino envejecimiento de la población, las altas tasas de paro estructural, las nuevas formas de organización del mercado de trabajo, la nueva revolución industrial de la información, la libertad de movimientos de capital y de personal, la creación de la moneda única y las necesidades de competir dentro y fuera de la Unión Europea⁸.

⁵ Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A., “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”, Madrid, 1994, págs. 8 y ss., Valdés Dal-Ré, F., “Flexibilidad en el mercado de trabajo y ordenamiento laboral”, PEE., n.º. 22., 1985, pág. 303 y García Perrote Escartín, I. y Tudela Cambroner, G., “El derecho del trabajo entre la crisis y la crítica”, RT., n.º. 92, 1988, págs. 19 y ss.

⁶ Lahera Forteza, J., “La necesaria racionalización del despido”, El País, Negocios, domingo 15 de febrero, 2009, pág. 21.

⁷ Romagnoli, U., “Las transformaciones de la concepción del derecho del trabajo ante la crisis”, en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ante la crisis económica, Madrid, 1984, pág. 4.

⁸ Rivero Lamas, J., “Política de convergencia, flexibilidad y adaptación del derecho del trabajo”, en la flexibilidad laboral en España, Zaragoza, 1993, págs. 12 y ss.

De este modo, la flexibilidad se configura como un instrumento para adaptar el ordenamiento laboral a las necesidades reales del mercado⁹ que, por otro lado, exigen los propios sistemas productivos y como medida básica de las políticas de fomento del empleo, imprescindible para que el Derecho del Trabajo siga teniendo efectividad en su papel de arbitro del conflicto social¹⁰.

Por ello, con la flexibilidad se busca garantizar el progreso económico, pero nunca a expensas del ordenamiento laboral, sino conjugando el progreso económico con el progreso social, adaptando las normas laborales a las nuevas circunstancias¹¹, en lugar de eliminándolas, sin que por ello se alteren los fundamentos y esencia del Derecho del Trabajo¹².

En definitiva, se trata de buscar un equilibrio entre garantías y flexibilidad o como se dice ahora, seguridad y flexibilidad, dando lugar a la poca acertada expresión de flexiseguridad¹³, que intenta poner de manifiesto que no son conceptos incompatibles, sino pueden llegar a ser dos caras de la misma moneda. Este enfoque se incluye en la Estrategia Europea de Empleo y en los objetivos de modernización de los mercados de trabajo, que proponen una mayor empleabilidad y adaptabilidad con normas laborales más flexibles, adecuadas a un mercado variante, con vistas a acomodarse a los cambios económicos y mejorar la competitividad de las empresas y la calidad del empleo, sin perder la seguridad. Para ello, las Directrices de empleo de 2001, así como las sucesivas¹⁴, señalan la necesidad de revisar los elementos restrictivos de la legislación laboral que impidan el dinamismo del mercado de trabajo y que dificulten el acceso de grupos desfavorecidos, promover un enfoque de trabajo basado en el ciclo de vida, ser más flexible para poder responder a las fluctuaciones en la demanda de bienes y servicios, promover una mayor diversidad de contratos y conciertos laborales, aplicar políticas activas de empleo y formación profesional que garanticen a los trabajadores la posibilidad de acceso a puestos de trabajo dignos, reducir la segmentación del mercado de trabajo y favorecer un mayor equilibrio entre vida profesional y vida privada.

⁹ Rodríguez de la Borbolla, J., "De la rigidez al equilibrio flexible", Madrid, 1994, pág. 21.

¹⁰ Sagardoy Bengoechea, J.A., "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral", en Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo, Madrid, 1990, págs. 262 y ss.

¹¹ Sala Franco, T., "El debate...", op. cit., pág. 47.

¹² García-Perrote Escartín, I. y Tudela, op. cit., pág. 31.

¹³ Acuñada por el sociólogo holandés Adriaanssens. Vid. Tangian, A.S.; "Liberal and tradeunionist concepts of flexicurity: modelling in application to 16 European countries", WSI, Diskussionpapier, no. 131, pág. 11.

¹⁴ Directrices de Empleo 2005–2008. Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005, 2005/600/CE).

En cuanto a los concretos aspectos del mercado laboral que deben ser objeto de flexibilización, el problema radica en que la flexibilidad es, como se ha señalado muy gráficamente¹⁵, “el debate de las mil caras”, pudiendo llegar a englobar una infinidad de materias, siendo posible, en último término, extender el debate a la práctica totalidad del contenido del Derecho del Trabajo.

No obstante, desde una perspectiva cronológica¹⁶, el análisis se puede referir a los tres grandes momentos de lo que podríamos denominar como la dinámica de la relación laboral: la entrada en la empresa, la gestión de la mano de obra y la salida de la empresa¹⁷.

En este estudio, nos centraremos en la última de esas etapas cronológicas, concretamente, en la necesidad de flexibilizar y racionalizar el régimen jurídico del despido. En este sentido, el libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo¹⁸, en su primera página, citando al informe KOK¹⁹, hace hincapié en la necesidad de revisar el régimen jurídico del despido, en concreto, el grado de flexibilidad previsto en los contratos clásicos en lo relativo a los plazos de preaviso, los costes y procedimientos, tanto del despido individual como de los colectivos, así como la propia definición del despido imprecendente.

Así, veremos y pondremos de manifiesto como, en muchos aspectos de la extinción de la relación laboral, las reformas llevadas a cabo en los últimos años ya han dotado de una extraordinaria flexibilidad a las facultades unilaterales empresariales para poner fin al contrato de trabajo, sin perjuicio de señalar aquellos otros puntos en los cuales todavía existe un margen de maniobra para regular de una forma más flexible el régimen jurídico del despido. En cualquier caso, como se puede imaginar, los aspectos a abordar son varios y heterogéneos y, por ende, el grado de profundidad en su tratamiento es, asimismo, desigual.

2. ADAPTACIÓN DE LA PLANTILLA A NECESIDADES EMPRESARIALES

En este sentido, ya han habido numerosas medidas flexibilizadoras en la última etapa de la dinámica de la relación laboral, en la salida de la empresa,

¹⁵ Sala Franco. T., op. cit., pág. 9.

¹⁶ Sala Franco. T., op. cit., pág. 15.

¹⁷ Metodología propuesta también por López Gandía, J., “La reforma del mercado de trabajo según el documento presentado al CES”, TS., n.º. 32-33, 1993, págs. 16 y ss.

¹⁸ Véase: http://ec.europa.eu/employment_social/labour/green_paper_en.htm.

¹⁹ Wim Kok, “Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe”, Report of the Employment Taskforce, Bruselas, 2003.

facilitando, de esta manera, una mejor adaptación de la fuerza de trabajo a las cambiantes exigencias del mercado. Precisamente por ser éste el objetivo, las reformas han afectado principalmente a los despidos basados en necesidades empresariales. En efecto, pese a ser todavía causales, las causas se han ampliado a necesidades organizativas y de producción, además de las tradicionales económicas y tecnológicas. Asimismo, la jurisprudencia, siguiendo la misma tendencia positiva de flexibilizar el momento de la salida, ha flexibilizado también la interpretación judicial de la concurrencia de las causas legales. Así, ha dispuesto que no es necesario que la situación económica de la empresa fuera irreversible, sino recuperable, puesto que lo que se pretende es superar la situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento de la empresa²⁰. Tampoco es necesario que las medidas adoptadas por sí solas sean suficientes para la superación de la crisis, sino que es suficiente el hecho de que contribuyan a la recuperación²¹ y finalmente, no es necesario que, de tener varios centros de trabajo la empresa o ser un grupo de empresas, todos sufran una mala situación económica, sino que es suficiente que así, sea en el centro o empresa donde se quiere despedir a trabajadores, sin que exista un obligación de trasladar trabajadores de centros o empresas en crisis a centros o empresas que funcionan mejor²².

Pero es más, hay que destacar a continuación que, como es sabido, el ET distingue entre despidos colectivos del art. 51 y despidos objetivos del art. 52 c) y aunque la mayoría de la doctrina coincide que en cuanto a las causas económicas, de ambos supuestos, se puede mantener la misma línea de interpretación judicial que hemos expuesto²³, no ocurre lo mismo en cuanto a las causas técnicas organizativa o de producción²⁴. Así, cuanto se alega una de estas últimas causas y se supere los umbrales señalados en el art. 51, esto es que

²⁰ SSTS de 24 de abril y 14 de junio de 1996 RJ 5297 y 5162 y 14 de julio de 2003 RJ 6260.

²¹ STS de 30 de septiembre de 2002 Rec. 3828/2001.

²² Se puede ver un resumen detallado de dicha jurisprudencia en Cruz Villalón, J., "Los despidos por causas económicas y empresariales", Madrid, 1996, págs. 224 y ss y Martínez Emperador, R., "El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: criterios jurisprudenciales", AL., n.º. 11, 1997, págs. 210 y ss.

²³ Sala Franco, T. y otros, "Derecho del Trabajo, op. cit., págs. 708 y 709 y García Ninet, J.I., "Algunas reforma y novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado del trabajo y el fomento de la contratación indefinida", TS., n.º. 78, 1997, págs. 9 y ss.

²⁴ Quintana Pellicar, J., "El despido objetivo. Algunos criterios judiciales después de la reforma de 1997", AL., n.º. 15, 1999, pág. 335 y Monereo Pérez, J. L., y Fernández Avilés, J. A., "Empresa y despido: mecanismos extintivos del contrato de trabajo por necesidades de la empresa", en La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos", Granada, 1999, pág. 407.

tengan la consideración de colectivos los despidos, será necesario que las extinciones vayan a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos²⁵, mientras que, de lo contrario, los despidos plurales, por debajo de los umbrales señalados, pueden ir dirigidos simplemente a superar dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos²⁶.

Así, es evidente que las mismas causas son objeto de una interpretación mucho más rigurosa, tratándose de despidos colectivos, exigiendo entonces que la empresa se encuentre inmersa en una crisis o sea previsible a corto plazo, es decir, que está en peligro la supervivencia de la empresa. Mientras que en los despidos objetivos del art. 52 c), no se requiere que la empresa esté o es probable que vaya a estar en crisis a corto plazo, sino simplemente que no tenga un buen funcionamiento por la existencia de obstáculos que es preciso remover para mejorar su eficiencia²⁷.

Pero también, como se puede deducir de lo descrito, aunque el despido no llegue a la consideración de colectivo, no por eso es un despido individual, sino que es posible despedir a varios trabajadores, hasta los umbrales señalados, sin que se tenga dicha consideración y por lo tanto, sin necesidad de intervención de la autoridad laboral y simplemente comunicándolo a los trabajadores y sus representantes con una antelación de 30 días y poniendo a su disposición la indemnización legal, tasada en 20 días de salario por año de servicio. De tal forma que, en estos supuestos, el procedimiento no puede decirse que es complicado, pues es más bien prácticamente inexistente. Con el añadido que, incluso se pueden realizar, de una forma legal, varios despidos de trabajadores, por las mismas causas, por debajo de los umbrales señalados y, por lo tanto evitando el procedimiento más complicado, con el único condicionante que se espere 90 días entre despido y despido.

De esta forma, en estos supuestos, las empresas pueden proceder a despedir, libre de cualquier tipo de rigideces procedimentales administrativas, sometidas únicamente a un control judicial posterior si el trabajador acciona esta vía. Si bien, es cierto que incluso aquí se podría cuestionar el preaviso de los 30 días. En efecto, pues aún cuando formalmente el mismo se realiza con el objetivo de facilitar al trabajador la búsqueda de un nuevo empleo, disponiendo

²⁵ STS de 16 de diciembre de 1999 RJ 9562.

²⁶ STS de 24 de septiembre de 2001 RJ 9334.

²⁷ Alarcón Caracuel, M. R., "El fomento de la contratación indefinida y la facilitación del despido", en Las reformas laborales de 1997, Pamplona, 1998, pág. 76.

a tales efectos de permisos retribuidos de seis horas semanales durante dicho periodo, sin embargo es posible sustituir el preaviso mediante el abono de los salarios correspondientes a este periodo de tiempo. Por lo tanto, en última instancia, se convierte simplemente en un factor de encarecimiento del propio despido. Por ello, o bien el periodo de preaviso se vincula efectivamente con mecanismos de recolocación, como veremos a continuación, cumpliendo entonces su finalidad originaria o, de lo contrario, se podría obviar, reduciendo el coste de de la extinción del contrato por estas causas, máxime si tenemos en cuenta que la empresa puede extinguir el contrato laboral, reconociendo la improcedencia del despido, esto es sin causas, sin necesidad de ningún tipo de preaviso, pudiendo hacer efectiva la extinción el mismo día de la comunicación del despido.

En cualquier caso, obviamente, si pensamos en una forma fácil y sencilla de flexibilizar este sistema más todavía, sin tener que realizar un número excesivo de cambios o retoques, es evidente que simplemente habría que, bien elevar el umbral o tope para considerar los despidos como colectivos, de tal forma que se pudiera despedir, de una sola vez, a más trabajadores únicamente con la comunicación por escrito o bien reducir el periodo de 90 días para poder realizar despidos individuales por las mismas causas. La primera solución parece la más adecuada, en efecto, pues tampoco sería descabellado plantearse si el tope o umbral no pudiera elevarse algo más por encima del 10% de la plantilla, donde se encuentra actualmente.

De todos modos, si tenemos en cuenta que, de acuerdo con las estadísticas oficiales²⁸, nada más y nada menos que el 90% de los expedientes de regulación de empleo llegan a las manos de la autoridad laboral con acuerdos, habría que preguntarse si, al igual que ha ocurrido en otras parcelas, no sería el momento de replegar aquí también la intervención de ésta y dejar el procedimiento en manos de la negociación de los representantes de ambas partes, con un control judicial posterior.

En efecto, como punto de partida, hay que establecer que la exigencia de autorización administrativa para proceder a la resolución de los contratos de trabajo no viene impuesta ni por la normativa comunitaria²⁹, ni por ningún precepto constitucional, con lo cual, su supresión no se encontraría con ninguno de estos dos escollos, estrictamente jurídicos, sino, como señala la doctrina, la cuestión se debe situar en términos de política jurídica³⁰. En la gran parte de los

²⁸ Véase, <http://www.mtin.es/estadísticas/bel/REG/regfn.pdf> y www.comfia.net/empleo/pdf/12792.pdf.

²⁹ Directiva CEE 98/59/ de 20 de julio.

³⁰ Sala Franco, T. y Blasco Pellicer, A., “La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia”, AL, nº. 8, 2009, pág. 2.

países de nuestro entorno la intervención de la Administración se limita a un papel de colaboración en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos, formulando propuestas de acuerdo, determinando medidas de empleo y de protección social para los afectados por el despido y, a lo sumo, vigilando y controlando la regularidad del procedimiento, pero no tiene efectos autorizatorios y, en ningún caso, afecta al poder empresarial de extinción de las relaciones laborales³¹. Así, el mantenimiento de la exigencia se ha justificado con argumentos proteccionistas a favor de la parte más débil, el trabajador, que le garantiza una mayor estabilidad en el empleo³² y la tutela de los intereses generales³³. En contra, se argumenta el carácter complejo de la autorización administrativa y su disfuncionalidad, actuando como un factor artificial de dilatación del proceso extintivo³⁴.

Por todo ello, con independencia de la postura a favor o en contra de la supresión del referido trámite, se pueden señalar diversas posibilidades de flexibilización del actual sistema. En primer lugar, habría que abogar por la supresión del recurso de alzada, como requisito previo e imprescindible a la vía judicial. De este modo, como destaca la doctrina³⁵, es absolutamente disfuncional y, en última instancia, únicamente sirve para alargar innecesariamente el procedimiento administrativo, contrario a los intereses de agilidad y rapidez que necesitan las empresas para adoptar decisiones inmediatas, de las cuales pueden depender incluso la propia subsistencia de la empresa. En segundo lugar, se debería abordar ya, una vez por todas, la definitiva atribución al orden social de la revisión de las autorizaciones en materia de despidos colectivos, tal como viene reclamando con insistencia la doctrina más autorizada, con argumentos convincentes y fundados³⁶. En efecto, pues aunque la D.A. 5ª de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dio una nueva redacción al art. 3 de la LPL, en este sentido, atribuyendo

³¹ Vid. Goerlich Peset, J. M., “Informe técnico jurídico sobre el despido colectivo en la Europea comunitaria”, AL, nº. 11, 1993, págs. 171 y ss.

³² Valdés, F., “Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tónica”, RL, Tomo I, 1994, pág. 23.

³³ Casas Baamonde, M. E., “Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva”, RL, nº. 19, 1996, págs. 5 a 8.

³⁴ Cruz Villalón, J., “Los despidos por causas económicas y empresariales”, Madrid, 1996, pág. 225 y Desdentado, A., “El despido económico: ámbito, forma, causas, efectos y control”, en *El Régimen del despido tras la reforma laboral*, Madrid, 1995, págs. 256 y 257.

³⁵ Sala Franco, T. y Blasco Pellicer, A., “La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia”, AL, nº. 8, 2009, pág. 4.

³⁶ Cruz Villalón, J., “El control judicial de los actos de la Administración Laboral: la extensión de las jurisdicciones social y contencioso-administrativa”, en *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Madrid, 1991, págs. 221 y ss.

al orden jurisdiccional social la revisión de los actos administrativos en materia laboral y, muy en particular, las autorizaciones en materia de despidos colectivos, no obstante, posteriormente, como se sabe, la D.A. 24 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, añadió un nuevo párrafo al art. 3 de la LPL, pospuso la efectividad de esa medida a la promulgación de una nueva Ley que determinara la fecha de entrada en vigor de la atribución de esta nueva competencia. Ley que 11 años después todavía seguimos esperando³⁷.

Las empresas también se quejan que el despido por necesidades empresariales es demasiado caro, sin embargo, precisamente en sede de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el despido es sólo de 20 días, por año de servicio, con el tope de un año. Sin embargo, en casi todos los expedientes acordados la indemnización acaba siendo sensiblemente superior, ya que los representantes de los trabajadores aumenta la indemnización legal prevista en el art. 51.8 del ET³⁸. En este sentido la doctrina ya había alertado sobre la monetización del expediente y del periodo de consultas, relegando a un segundo plano la búsqueda de fórmulas alternativas a las extinciones³⁹. Por ello, una alternativa podría ser que los representantes de los trabajadores en lugar de buscar mayores indemnizaciones negociaran medidas de acompañamiento social, esto es, que se pactara un verdadero Plan de acompañamiento social que paliase de forma efectiva los efectos del despido y hiciera posible la empleabilidad de los trabajadores afectados por estas causas, en lugar de un plan estrictamente económico.

3. LA RECOLOCACIÓN DE LOS TRABAJADORES

En efecto, se podría abaratar de esta forma el despido por un lado, pero no a costa de los trabajadores, sino en su favor, promoviendo la búsqueda de fuentes alternativas de puestos de trabajo mediante una buena gestión de las reestructuraciones, mediante la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos. Ya la Recomendación nº 166/1982 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, en su art.21 contemplaba la suspensión de nuevas contrataciones o la no renovación de contratos temporales, o fórmulas de trabajo compartido, tratando de salvaguardar los contratos indefinidos, pero

³⁷ Véase, Blaco Pellicer, A., “Los procedimientos de regulación de empleo”, Valencia, 2007, págs. 34 y ss.

³⁸ www.comfia.net/empleo/pdf/12792.pdf

³⁹ Goerlich Peset, J.M., “Los despidos colectivos”, en Comentarios a las Leyes Laborales: La reforma del Estatuto de los Trabajadores, Madrid, 1994. págs. 90 y 91.

también facilitar la reubicación en otras empresas del grupo, los traslados y la posibilidad de acordar el derecho preferente o retorno de los despedidos si el empleador vuelve a contratar trabajadores. La Recomendación sugiere también que empleadores y representantes de los trabajadores promuevan la colocación de los trabajadores afectados a través de otros empleos adecuados, es decir, la posibilidad de contemplar la obligación de la empresa de ayudar al trabajador a buscar otro empleo (art. 25).

Cabría implicar también a las autoridades mediante la creación de fondos que ayuden al reciclaje. Se trata de conectar la gestión de la reestructuración con las políticas activas de empleo⁴⁰, más allá de la intervención de la Administración como mediadora de los conflictos o en su papel de control de la legalidad. En este sentido la Directiva 98/59 y la Recomendación 166 dicen que la autoridad pública debe “buscar soluciones a los problemas planteados” de manera que su papel no debe limitarse a la mediación sino que puede implicarse en el propio proceso mediante políticas activas, financiación de los procesos formativos, e incluso en los procesos de recolocación, bien interna, buscando puestos de trabajo alternativos dentro de la misma empresa, bien externa.

Es el caso del llamado *Outplacement* o conocido también como “recolocación”, “colocación externa” o “recolocación en el exterior de la empresa”, y aunque no existe una regulación expresa en nuestro ordenamiento, se puede definir, teniendo en cuenta la práctica de estas empresas, “como el conjunto de servicios prestados por una entidad privada a una determinada empresa que contrata sus servicios con el objetivo de asegurar la reorientación profesional bien de un trabajador individual o bien de varios trabajadores que han sido despedidos de forma colectiva, para hacer posible que las personas separadas de su empresa tengan posibilidades reales de encontrar rápidamente y en las mejores condiciones posibles un nuevo empleo”⁴¹.

Como señala la doctrina⁴², la contratación de los servicios de *Outplacement* es una práctica muy reconocida en Estados Unidos y también en Europa,

⁴⁰ En este sentido cabe señalar la reciente medida de política activa de empleo articulada por el Real Decreto-ley 2/2009 que prevé que la empresa que contrate con un contrato indefinido a un trabajador desempleado que perciba prestaciones por desempleo, podrá bonificarse el 100 por ciento de la cuota empresarial por contingencias comunes de la Seguridad Social, hasta alcanzar como máximo el equivalente del importe de la prestación que tuviera pendiente de percibir a la fecha de entrada en vigor del contrato, con un máximo de duración de la bonificación de tres años. Esta medida se aplicará, no sólo a quienes perciben prestaciones contributivas, sino también a desempleados que perciben el subsidio asistencial y la renta activa de inserción.

⁴¹ Serrano Falcón, C., “Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación”, Granada, 2009, pág. 420.

⁴² Serrano Falcón, C., “Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación”, Granada, 2009, págs. 420 y 421.

principalmente en Reino Unido, Holanda y Bélgica, aunque poco a poco está adquiriendo fuerza en España, en un primer momento como una prestación más que le otorga la empresa a los altos cargos en el caso de ser despedidos, aunque hoy en día se pretende potenciar esta práctica para llevar a cabo una posible recolocación de todo tipo de trabajadores dentro de una empresa. En el ordenamiento italiano que sí están reguladas, éstas se pueden definir como aquellas que realizan una actividad efectuada sobre la base de un exclusivo encargo de la organización del comitente incluso sobre la base de acuerdos sindicales dirigida a la recolocación en el mercado de trabajo de las empresas aislada o colectivamente considerados mediante la preparación, la formación dirigida a la reinserción laboral, al acompañamiento de la persona y a su integración y consolidación en una nueva realidad laboral (art. 2.1 del Decreto legislativo número 276/2003).

En la mayoría de de los países de nuestro entorno, el recurso a estas empresas de recolocación, en supuestos de despido, es voluntario, así, por ejemplo en el Reino Unido [Collective Redundancies (Amendment) Regulations 2006 SI 2006/2387] o en Italia (art. 4 de la “legge 23 luglio 1991, n. 223).

Ahora bien, en este último caso los trabajadores afectados por despidos colectivos se inscriben en la denominada lista de movilidad, compilada y gestionada por las regiones territorialmente competentes (art. 6 de la legge italiana n. 223) que, además de dar derecho a percibir el subsidio de movilidad, introduce a los trabajadores en un circuito privilegiado de recolocación. La sola inscripción en la lista comporta un derecho de reingreso preferente en la empresa durante los seis meses siguientes y además, lo que es más importante todavía, una más elevada probabilidad de una rápida reinserción en el mercado de trabajo, en virtud del gran abanico de beneficios fiscales que se les reconoce a las empresas que dan empleo a los trabajadores inscritos en la lista (art. 8 de la legge n. 223).

Sin embargo, en algunos países el recurso a estas empresas es obligatorio. Como ejemplo, por antonomasia, se puede destacar la normativa francesa. En efecto, de acuerdo con el art. L. 1233 del Código de Trabajo, se establece como obligatoria la elaboración de un “plan de salvaguarda del empleo” en aquellas empresas con una plantilla de al menos 50 trabajadores y que tengan previsto realizar despidos colectivos por causas económicas que afectan como mínimo a 10 trabajadores en un periodo de 30 días. Dicho plan debe contener dos tipos de medidas. Unas van dirigidas a evitar los despidos o limitar el número de trabajadores afectados y otras tienen por objeto facilitar la recolocación de los trabajadores cuyo despido no se pueda evitar. La falta de este plan comporta la nulidad de los despidos, que se determinará por los juzgados competentes. Además, aún cuando formalmente se presente el plan, éste no se puede limitar simplemente a proponer medidas abstractas de recolocación eventuales. Las

medidas propuestas deben ser efectivas, permitiendo de modo real y veraz la disminución del número de despidos o, al menos, asegurar la recolocación del mayor número posible de trabajadores.

En las empresas o grupos de empresas con una plantilla total de al menos 1000 trabajadores, los trabajadores afectados por despidos colectivos por causas económicas tienen derecho a una excedencia o permiso de recolocación. Así, en la carta de despido se le propone al trabajador esta medida y el trabajador dispone de un plazo de 8 días para aceptar o rechazar la misma. En caso de no contestar, se entiende que rechaza la propuesta.

La duración de este permiso o excedencia es de un mínimo de cuatro meses y un máximo de nueve, a determinar por el empresario. Durante el referido periodo el trabajador se beneficia de acciones de formación a cargo de la empresa y tiene derecho a percibir el 65 % de su remuneración habitual.

Estas empresas pueden proponer como medida alternativa, el permiso o excedencia de movilidad. La aceptación del trabajador de la propuesta de un permiso o excedencia de movilidad dispensa al empresario de la obligación de proponer el permiso o excedencia de recolocación. Tiene por objeto finalizar el contrato de trabajo de acuerdo mutuo entre empresa y trabajador. Durante el referido permiso o excedencia la prestación de servicios se puede realizar en la misma o distinta empresa y el trabajador tiene derecho a la percepción su retribución habitual y se le facilitan acciones formativas.

En las empresas con menos de 1000 trabajadores en plantilla el empresario debe proponer a los trabajadores objeto de despidos colectivos por causas económicas un convenio de recolocación personalizado. El trabajador dispone de un periodo de 14 días para aceptar o rechazar el convenio, entendiendo que lo rechaza si no responde expresamente. Si el trabajador acepta el convenio se entiende finalizado el contrato de mutuo acuerdo. Durante la ejecución del convenio de recolocación el trabajador se somete al estatuto de prueba o de prácticas de formación profesional y tiene derecho a percibir un subsidio de recolocación que le garantiza el 70% (80 % durante los primeros 91 días) de su salario habitual con una duración máxima de 8 meses.

En el ámbito comunitario la Directiva 98/59 establece la obligación de negociar un plan de acompañamiento social que podrá incluir medidas destinadas a reducir las consecuencias de los despidos con la finalidad de facilitar la reinserción sociolaboral de los trabajadores. La Directiva 2002/12/CE también prevé medidas que faciliten la reinserción laboral de los excedentes de plantilla como el reciclaje, la formación, la valorización de las competencias profesionales y seguimiento de las trayectorias profesionales y la revitalización de las bases de empleo.

Se trata como indica el Libro Verde (“Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, COM, 2001, Bruselas, p. 11) de que

las empresas asuman su cuota de responsabilidad por lo que respecta la mantenimiento de la empleabilidad de su personal. Uno de los aspectos podría consistir en promover la búsqueda de fuentes alternativas de puestos de trabajo mediante una buena gestión de las reestructuraciones, mediante la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos

De este modo se podría, siguiendo el modelo francés descrito con anterioridad, optar por la imposición de los procesos de recolocación. No obstante, en lugar de, o además de la obligatoriedad, también se pueden establecer medidas para fomentar su uso:

En primer lugar, se podría establecer como cláusula del propio contrato de trabajo la obligación de contratar al candidato, estableciendo además cláusulas de garantía para una vez después de contratado, como se viene haciendo en el caso de las Empresas de Selección. De este modo, se fomentaría el uso de estas Empresas de Outplacement si se sabe de antemano que existe una obligación de “buscar empleo” a los trabajadores que van a ser despedidos en la empresa.

En segundo lugar, sería necesario mentalizar a los representantes de los trabajadores que, en lugar de intentar negociar siempre una cantidad económica añadida a la indemnización legal que se abogue por la utilización de los servicios recolocación. Además, en los casos en los que se pacte una indemnización superior a la legal, la Empresa podría pactar una cláusula en el contrato celebrado con el trabajador indicando que si se “recoloca” una vez despedido, se exigiría la devolución de la indemnización pactada por encima de la legal, cláusula lícita, ya que esta cuantía no constituye una indemnización, sino una “garantía recolocadora”⁴³.

En tercer lugar, también se podría fomentar el uso de las Empresas de Outplacement por medio de la negociación colectiva contemplando esta medida en caso de que se llevara a cabo un despido colectivo o incluso individual por la vía del art. 52 c) del ET, así como los supuestos de fuerza mayor del art. 51.11 del ET.

Por el momento, como señala la doctrina, “este tipo de medidas no se han previsto en nuestro ordenamiento, pues no se prevé la participación del Estado en la financiación del Plan de Acompañamiento Social en los despidos colectivos, ya que no participa en la elaboración de dicho Plan, pues es el empresario el que lo presenta unilateralmente al inicio del procedimiento, y son los representantes de los trabajadores los que negocian durante el período de consultas las propuestas empresariales para conseguir un Plan definitivo. Así, una de las medidas para que se pudiera impulsar la utilización de los servicios de *Outpla-*

⁴³ En este sentido véase Serrano Falcón, C., “Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación”, Granada, 2009, pág. 432.

cement sería el de aumentar el escaso control administrativo sobre las medidas sociales en el Expediente de Regulación de Empleo y ampliar la obligatoriedad de imponer estos Planes de Acompañamiento a otro tipo de despidos⁴⁴.

Sin embargo, también se podría articular esta medida como voluntaria, mediante la creación de un circuito privilegiado de recolocación, al igual que en el Derecho italiano, incentivado la contratación y así la recolocación de los trabajadores afectados por un ERE, mediante el establecimiento de beneficios fiscales y/o de cotizaciones a la Seguridad Social, para las empresas que den empleo a dichos trabajadores.

El otorgamiento de subvenciones públicas en los casos que proceda, sería una adecuada medida de política activa de empleo impulsada por los poderes públicos para hacer frente al desempleo, reduciendo las prestaciones por desempleo, al mismo tiempo que perseguiría el fin de responsabilizar al empresario de las repercusiones profesionales y personales de los trabajadores que van a ser despedidos. Así, sería posible conceder subvenciones en el caso de que la empresa, en situación de crisis, demuestre la ausencia de recursos para garantizar a sus trabajadores un Plan adecuado⁴⁵.

Asimismo, sería aconsejable que las prestaciones por desempleo estén asociadas con incentivos a la movilidad laboral y ocupacional y resolver la relación entre el sistema de prestaciones por desempleo y el sistema de pensiones en el colectivo de trabajadores de avanzada edad. En efecto, en la actualidad el primero, parece diseñado para facilitar el tránsito a la jubilación, especialmente en el supuesto de prejubilaciones, y no el regreso al mercado de trabajo. Para ello sería necesaria desarrollar y ahondar en las medidas de fomento de empleo para trabajadores de avanzada edad que permiten compatibilizar el trabajo a tiempo parcial con el abono de la prestación por desempleo⁴⁶, junto con el fomento, como ya hemos señalado, de la jubilación parcial de los trabajadores⁴⁷.

⁴⁴ Serrano Falcón, C., “Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación”, Granada, 2009, pág. 434.

⁴⁵ Serrano Falcón, C., “Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación”, Granada, 2009, pág. 435.

⁴⁶ Art. 228.4 de la LGSS. Actualmente desarrollado por la disposiciones transitorias 5ª y 6ª de la Ley 45/2002.

⁴⁷ Como una medida reciente dirigida a tal finalidad, si bien de forma indirecta y más bien tímida, cabe reseñar la modificación efectuada por el Real Decreto-ley 2/2009 del convenio especial de la Seguridad Social que se suscribe en el marco de determinados expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal, a fin de conseguir un doble objetivo: por un lado, evitar el abandono prematuro del mercado de trabajo de aquellos trabajadores que a una edad laboral avanzada vean extinguidos sus contratos de trabajo a través de despidos colectivos, pues es conocido que en las situaciones económicas desfavorables los trabajadores de mayor edad se ven afectados de hecho en mayor grado. Por otro lado, mejorar la

4. ABARATAMIENTO DEL DESPIDO

Con el objetivo de reducir los costes del despido muchos especialistas, especialmente los economistas, han propuesto la creación de un único contrato de duración indeterminada, basado en el modelo de flexiseguridad de Dinamarca, basado en la flexibilización de la posición segura de los trabajadores estables, abandonando la idea de seguridad en el puesto de trabajo. De esta manera se facilitarían en gran medida su ruptura y, por el cual, los derechos de protección de los trabajadores aumentarían progresivamente en función de la antigüedad, haciendo así el empleo normal más flexible en el momento de la extinción de la relación laboral⁴⁸. En el caso de España, como se sabe, se ha propuesto la articulación de un contrato único indefinido, con una indemnización por despido muy inferior a la actual, que ha oscilado entre los 20 días por año trabajado, hasta los 8 días en las últimas posturas planteadas por las organizaciones empresariales⁴⁹.

Otra propuesta de contrato único, basado en el modelo austriaco, obligaría a las empresas a cotizar a lo largo de la relación laboral una cuota, cuyos fondos son mutualizados, con el fin de financiar la reclasificación de los trabajadores, pero ya así descargando al empresario de la obligación de recolocar al trabajador, en contrapartida de dicha “contribución de solidaridad”⁵⁰, que se llevaría a cabo ahora bien por el Servicio Público de Empleo o Agencias Privadas de Empleo. Todo ello a cambio de abandonar la tradicional noción de despido económico y su posterior control judicial. Sin embargo, no hay que olvidar que en estos países el despido va acompañado de una política activa de empleo y una generosa protección por desempleo.

Otro ejemplo de contrato único se podría basar en el contrato de trabajo de nuevo empleo de Francia, donde, durante los primeros años el empresario puede resolver el contrato sin necesidad de alegar causa ni seguir el procedi-

protección de estos trabajadores, al posibilitar que las cotizaciones efectuadas por el empresario durante los períodos de actividad laboral que se desarrollen durante la vigencia del convenio especial se apliquen a la parte del convenio que debe sufragar el trabajador a partir de los sesenta y un años, fomentando la prolongación de la vida activa y desincentivando una salida prematura del mercado de trabajo, con la merma en la pensión de jubilación que ello supone.

⁴⁸ Wilthagen, T., “Dutch flexicurity policies: normalisation of atypical work”, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2006 y Stauber, B., Kovacheva, S., y Van Lieshout, H., “Flexibilidad y seguridad: el supuesto dilema de las políticas de transición”, *Estudios de Juventud*, n.º. 65, 2004.

⁴⁹ Véase Boletines de enero, febrero y marzo de 2009 de la CEOE: ceo.es.

⁵⁰ Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA) www.crisis09.es/propuesta y Martín Puebla, E., “La modernización del mercado de trabajo en Francia o la tímida versión de la “flexicurity” à la française”, *RL*, n.º. 4, 2009, pág. 95.

miento clásico de despido; ni por supuesto pagar indemnización alguna⁵¹. Sin embargo, esta posibilidad ya existe en nuestro ordenamiento, con la facultad de celebrar extensos periodos de prueba, que posibilitan, como se sabe, extinguir el contrato sin necesidad de alegar causa ni pagar indemnización alguna; pudiéndose incluso extender la duración máxima de estos periodos por convenio colectivo. Incluso cabe la posibilidad de celebrar periodos de prueba en los contratos temporales, con el único límite, en este último caso, de que no coincidan plenamente con la propia duración del contrato temporal.

No hay que olvidar que el ordenamiento laboral que ahora se dice por activa y por pasiva que es demasiado rígido y que se señala como el culpable de las altas tasas de desempleo es el mismo con el cual se alcanzaron las cuotas más bajas de desempleo en la historia del país. Por ello, es evidente que cualquier reducción que se haga ahora en derechos sociales, con la excusa de ayudar a superar la crisis, no se va a realizar de forma temporal. La patronal no propugnará luego la recuperación de lo ahora sacrificado cuando el ciclo se invierta y vuelvan épocas de bonanza económica, que volverán.

Cabe recordar ahora que la famosa indemnización de 45 días con el tope de 42 mensualidades de la cual se quejan los empresarios, es únicamente para el supuesto de despidos improcedentes, pues si se prueban razones disciplinarias no hay indemnización alguna y si existen razones reales de mercado, el despido es de sólo 20 días, con un tope de 12 mensualidades.

Obviamente entonces, para situar el debate en sus justos términos, lo que se reivindica por la patronal es el abaratamiento del despido improcedente, esto es, sin causa justificada. En efecto, pues aún cuando se niega por activa y pasiva que se proponga un abaratamiento del despido, ya que la indemnización de los contratos indefinidos ya celebrados no se modificaría y, en todo caso, se presenta como una mejora de la indemnización para los trabajadores temporales, evidentemente, lo que se haría “de facto” es introducir un nuevo binomio. Así, por un lado, se encontrarían los trabajadores con el actual contrato 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 estandar que vendría a reemplazar el antiguo contrato. Sin mencionar el hecho de que una gran parte de los trabajadores con contrato temporal, que pretende mejorar la patronal, se estima que en torno al 40 %⁵²,

⁵¹ Giles Auzero, “El contrato de trabajo de “nuevo empleo”: una traducción francesa de la flexi-seguridad”, en Aportaciones al debate comunitario sobre “Flexiseguridad”, Madrid, 2007, págs. 91 y ss.

⁵² Informe Precariedad del empleo, contratación laboral y temporalidad de CC.OO. Vid. COMFIA.NET.

tienen 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.

En cualquier caso, cabe reseñar a continuación, que el despido improcedente ya se ha abaratado sustancialmente en los últimos años. En primer lugar con la eliminación formal de los salarios de tramitación. En efecto, como se sabe, tras su eliminación explícita por el polémico RDL 5/2002, las movilizaciones sociales provocaron la marcha atrás y su restauración por la Ley 45/2002, de 12 diciembre. No obstante, pese a que la contra-reforma que provocó la huelga restauró formalmente los salarios de tramitación, introdujo, sin embargo, la posibilidad de limitarlos e incluso llegar a eliminarlos. Así, si un empresario reconoce la improcedencia del despido y pone a disposición del trabajador dentro de las 48 horas siguientes del despido la cuantía legal de la indemnización, “la acepte o no el trabajador”, no habrá de pagar cuantía alguna por salarios de tramitación⁵³.

Aunque pudiera parecer lo contrario, la eliminación de esas cantidades no es un tema baladí en la cuantía del coste del despido, por dos razones fundamentales. En efecto, en primer lugar, porque para un trabajador con muchos años de antigüedad en la empresa, el factor que más encarecerá el despido será efectivamente la propia indemnización de 45 días de salario multiplicados por esos años de antigüedad. Sin embargo, en la actualidad, con un mercado laboral que tiene la tasa de temporalidad más alta de toda Europa⁵⁴), es fácilmente observable que los salarios de tramitación ya no tienen un interés menor en términos cuantitativos, pues en un mercado laboral donde la duración media de los contratos temporales apenas llega a los tres meses, en la mayoría de las ocasiones la cuantía de estos últimos superará con creces la de la propia indemnización en aquellos supuestos en que el trabajador con contrato temporal demanda en vía judicial y obtiene una calificación del despido de improcedente. En segundo lugar, porque junto con el pago de los salarios de tramitación, el empresario debe abonar las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes al periodo de dichos salarios. De tal forma que, en este sentido, el despido se ve abaratado por partida doble. Por un lado por la cuantía de los salarios que se dejan de abonar y, por el otro, por la cuantía de las cotizaciones sociales que se dejan de ingresar.

La contra-reforma supuso, en definitiva, una forma disimulada de abaratar el despido. Abaratamiento que, por otro lado, aunque se propone en estos momentos como panacea para acabar con la temporalidad del mercado laboral, se ha demos-

⁵³ Art. 56.2 del ET en su redacción actual.

⁵⁴ (25.41%. Vid. www.mtin.es/es/estadisticas/resumenweb/RUD.pdf).

trado del todo ineficaz para frenar la alta tasa de temporalidad, que sigue siendo la más alta de la Unión Europea y que, en todo caso, si de algo ha servido dicho abaratamiento, a sido para aumentar el número de despidos realizados.

En segundo lugar, a través de la creación y fomento de una nueva modalidad de contrato indefinido para el cual se abarata sensiblemente el precio de los despidos objetivos declarados improcedentes, no sólo en los días de salario tomados para calcular la indemnización, que bajan a 33, sino también y fundamentalmente en el tope de la propia indemnización, que baja de 42 meses a 24⁵⁵, si bien dejando inalteradas las indemnizaciones de los despidos objetivos procedentes y los despidos disciplinarios improcedentes. Ahora bien, el problema para los empresarios es que para acogerse a sus ventajas, el despido debe ser declarado improcedente, lo que supone someterse a un procedimiento judicial largo, costoso e incierto.

De este modo, partiendo de la premisa de que, a diferencia de los sistemas anglosajones, conviene no legitimizar un despido “ad nutum”, con una indemnización tasada única para todos los casos, para evitar arbitrariedades y excesos en el ejercicio de un poder que, por otro lado, es legítimo, se podrían proponer, dos medidas relativamente fáciles de implementar, tomando como base el referido contrato de fomento de la contratación indefinida. En primer lugar, la posibilidad de que la empresa pudiera disfrutar de la rebaja de la indemnización con el sólo hecho de reconocer la improcedencia del despido, poniendo a disposición del trabajador la cuantía de la indemnización correspondiente, sin necesidad de acudir a la vía judicial, pues en la actualidad, para disfrutar de esta ventaja, de conformidad con el punto cuatro de la D.A. 1^a de la Ley 12/2001, de 9 de julio, es necesario la declaración judicial de la improcedencia del despido por causas objetivas. En segundo lugar, yendo un paso más allá, se podría proponer incluso extender ese beneficio a la cuantía de las indemnizaciones de los despidos disciplinarios improcedentes, abaratando así el despido improcedente en general para esta modalidad de contrato a los 33 días por año de servicio, en lugar de los actuales 45.

De esta forma, se crearía un contrato estable, con una indemnización de 33 días por año de servicio, en los supuestos de extinción sin causa justificada, 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 días⁵⁶ y que sería una solución salomónica para poder

⁵⁵ Alarcón Caracuel, M.R., “El fomento de la contratación indefinida y la facilitación del despido”, en *Las reformas laborales de 1997*, Pamplona, 1998, págs. 72 y 73.

⁵⁶ Véase Boletines de enero, febrero y marzo de 2009 de la CEOE: ceo.es.

llevar a la mesa de diálogo social. Incluso se podría acompañar de una “prima antitemporalidad” para incentivar la prolongación de los contratos, 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.

Asimismo, se podría mutualizar este coste a través de la adopción también aquí del pago de la contribución de solidaridad para la creación de un fondo común, financiado por todas las empresas, de acuerdo con su tamaño, beneficios, etc., que se haría cargo de la totalidad o de una parte del coste de las extinciones de los contratos laborales. Es más, esto se podría hacer de una forma relativamente fácil y sin suponer un coste añadido para las empresas, aprovechando el hecho de que éstas ya financian, de forma solidaria, un fondo, como es el FOGASA, que podría emplearse para costear la totalidad o una parte de las indemnizaciones por despido, sino en todas las empresas, sí al menos en las PYMES. Extendiendo la cobertura que ya existe para éstas en supuestos de despidos económicos, a todos los despidos y elevando el porcentaje de la indemnización que se cubre. De este modo, se descargaría de buena parte de los costes del despido a la pequeña y mediana empresa, superando el temor a la contratación indefinida, sin necesidad de insolvencia y con un cobro inmediato para los trabajadores.

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, como ya hemos señalado, desde hace más de 25 años un tercio de la población ocupada asalariada tiene trabajos temporales con bajas indemnizaciones. Por ello, mientras sea más barato y no haya un verdadero control sobre la contratación temporal laboral, será difícil rebajar la temporalidad del mercado laboral. En efecto, mientras se pueda tener a trabajadores prácticamente “sine die” con contratos de obra o servicio, bien directamente, bien a través de contrata, 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, aún cuando se rebaje la cuantía de la indemnización por despido. Y mucho menos, generalizando la posibilidad de celebrar contratos de hasta dos años, con la referida indemnización de 8 días, como propugna ahora la patronal⁵⁷. Lo cual simplemente facilitaría las posibilidades de celebrar contratos temporales más extensos, sin ningún tipo de control, agravando todavía más la precarización del mercado laboral.

Por ello, se deberá actuar también al mismo tiempo sobre la regulación de la contratación temporal. De este modo, una solución podría ser articular

⁵⁷ Véase Boletines de enero, febrero y marzo de 2009 de la CEOE: ceo.es.

un coste diferenciado, desconectado de la antigüedad de los trabajadores temporales. Es cierto que se ha actuado recientemente, como se sabe, sobre las amplias posibilidades existentes de encadenamiento sucesivo de diversas modalidades temporales, de tal forma que ahora, el art. 15.5 ET presume la conversión en indefinido de aquel trabajador que se le encadenen dos o más modalidades de contratación temporal, durante más de 24 meses, en un periodo de referencia de 30, cuando el trabajador ocupe el mismo puesto de trabajo. Sin embargo, a nadie se le escapa las posibilidades, relativamente sencillas, de evitar la aplicación del mismo, rotación en el mismo puesto con dos o más trabajadores distintos, o con las modalidades de contratación exentas, interinidad, etc. Por no mencionar la posibilidad de rodear esta norma a través de la externalización de la mano de obra y, muy especialmente, la subcontratación; donde ahora, el TS, en los supuestos en que se vayan celebrando o renovando sucesivas contrataciones con la misma empresa adjudicataria, no considera que el contrato de obra finaliza con cada contrata⁵⁸. Así, al tratarse del mismo contrato de obra y servicio, no habría sucesivos contratos temporales en el tiempo, que se podrían ir sumando a los efectos de superar los 24 meses en un periodo de 30. Con lo cual se evitaría de esta forma la posibilidad de declarar por esta vía la conversión en indefinido del trabajador.

En cualquier caso, la nueva medida articulada en el art. 15.5 ET, en el fondo, no es más que el reconocimiento de la dificultad de controlar la causalidad en la contratación temporal y la renuncia implícita a hacerlo, optando por una presunción objetiva. Precisamente por ello, sería mucho más simple reconocerlo expresamente. Una vez llegados a este punto, se podría pasar a adoptar posibilidades de contratación temporal, como en el derecho comparado, no causales, simplemente limitadas. Temporalmente, con el señalamiento de una duración máxima y con el pago de la totalidad de los salarios, hasta la duración máxima, en el supuesto de rescisión extemporánea por parte de la empresa. Por lo tanto, sin la posibilidad de que se declare improcedente la extinción y sin la obligación de pagar otro tipo de indemnizaciones. Salvo que se superase la tasa máxima de contratos temporales establecida, en cuyo caso se podría mantener la actual indemnización por despido improcedente. Y cuantitativamente, con límites máximos de contratos temporales, de conformidad con el total del volumen de plantilla de la empresa. De tal forma que se podría controlar y así reducir el número de contratos temporales a un porcentaje determinado, lo que no ha podido hacer ninguna otra de las medidas adoptadas hasta ahora, pues como se sabe tenemos el porcentaje más alto de temporalidad en toda Europa, que se ha mantenido siempre por encima del 25% en los últimos 25 años .

⁵⁸ STS de 17 de junio de 2008 RJ 4229.