MERCADO DE TRABAJO Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

POR ANTONIO SANTANA GÓMEZ*

Un mero análisis de la situación actual del mercado de trabajo nos lleva a constatar que existe una bolsa de parados cuya cuantía gira en torno a los 2,5 millones de personas. Este grave panorama no es el resultado de una mera coyuntura, sino que, con magnitudes variables, es un lugar común con el que, más mal que bien, nos hemos acostumbrado a vivir desde los primeros años setenta.

No puede sorprendernos, pues, que la preocupación de los sujetos sociales y de los poderes públicos se haya venido centrando en la reducción del paro existente. Para ello, se han adoptado diversas fórmulas que van desde las subvenciones o las bonificaciones a la contratación hasta la facilitación de la contratación temporal pasando por políticas públicas como elemento de dinamización económica general.

En este contexto, la finalidad última de dichas políticas de empleo podría resumirse en la siguiente expresión: es mejor que una persona esté trabajando, aunque sea temporalmente, que desempleada. Por contra, y seguramente porque el clima social no estaba preparado para ello, no se ha afrontado el estudio de cuáles son los obstáculos estructurales que impiden el normal recurso empresarial a la contratación laboral estable. De este modo, se ha facilitado al empresariado español la utilización de los contratos temporales, incluso para atender con ellos necesidades ordinarias de la empresa.

Esta opción de política legislativa, pese a sus innegables éxitos en la parcial recuperación del empleo, con el tiempo ha ido generando, dada la generalización de la inestabilidad laboral que supone, nuevos problemas en diversos órdenes de la vida:

— en el plano social, se ha acrecentado la desconfianza en el futuro personal, lo que ha llevado, fundamentalmente en el ámbito juvenil, a un retraso en el abandono de las respectivas unidades familiares y en un menor crecimiento demográfico;
— en el plano económico, se han reducido las inversiones domésticas de largo plazo (como es, muy señaladamente, la compra de la vivienda familiar) con la lógica ralentización de sectores como el de la construcción, elemento tradicionalmente básico de la economía española;
— en el plano estrictamente laboral, la temporalidad ha traído consigo una mayor siniestralidad como consecuencia de la falta de adaptación del así contratado respecto al medio productivo en el que se inserta.

---

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Universidad de Sevilla).

Llegados a este punto y constatadas las perniciosas consecuencias de la excesiva inestabilidad del mercado de trabajo español, la reforma de 1994 se planteó la restricción de las fórmulas de los contratos temporales mediante las siguientes medidas:

— reafirmación de la regla de la causalidad de la contratación temporal, esto es, de que la misma sólo sirva para atender necesidades empresariales coyunturales y previamente tipificadas (art. 15 ET); y,
— reducción del ámbito, hasta entonces extenso, de las fórmulas de contratación temporal que, como medida de fomento de empleo, podían destinarse a quehaceres empresariales ordinarios.

Todo ello se unía, por lo demás, a los programas ya vigentes de incentivación económica de la transformación del contrato temporal en definitivo.

Se producía, así, un cambio en los objetivos políticos ya que, a partir de ese momento, se subraya que lo importante es crear empleo estable y que el temporal debe limitarse a la satisfacción de necesidades igualmente circunstanciales.

Los resultados, sin embargo, no acompañaron a las intenciones y, a principios de 1996, se contemplaba un aumento de la contratación temporal e incluso una reducción aún mayor de su duración, llegando ya a hablarse de días y no de meses.

La consecuencia por tanto fue el incremento de la ya de por sí elevada rotación e inestabilidad de la mano de obra.

Por todo ello, guiados por la necesidad de introducir una dosis relevante de estabilidad dentro del mercado de trabajo, y sin duda compelidos por el cambio de los equilibrios políticos ocurrido tras las elecciones de mayo de 1996, los agentes sociales (CEOE, CEPYME, CCOO y UGT) emprendieron una serie de negociaciones que concluyeron con el denominado "Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo" en el que, sobre la base del consenso sobre ciertos contenidos, se solicita del Gobierno que tome la iniciativa en la elaboración de la correspondiente normativa en la que se consiga su puesta en práctica. Tal petición encontró adecuada respuesta en dos Decretos Ley, ambos publicados en el BOE de 17 de mayo de 1997:

— el RD Ley 8/97, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida; y,
— el RDL 9/87, de 16 de mayo, por el que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo.

Tales normas, además de ser convalidadas por el Congreso de los Diputados, fueron tramitadas como proyectos de ley, resultando, respectivamente, las Leyes 63/97 y 64/97 (ambas en BOE de 30 de diciembre), de texto prácticamente idéntico a las primeras.

Los frutos de dicho cambio normativo pueden sintetizarse de la siguient manera:

— nueva regulación de los contratos formativos (en prácticas y d formación) y de los a tiempo parcial y fijo-discontinuo;
— reforma del número y régimen de los contratos temporales del art. 15 ET
— reforma del art. 17.3 ET acentuando la vertiente de fomento del emple estable frente al temporal;
— retoques al régimen del despido objetivo por causas económicas técnicas, organizativas o productivas;
— instauración de un denominado "contrato para el fomento de l contratación indefinida".

De todo ello, y teniendo en cuenta que el eje central de nuestro análisis e la estabilidad en el empleo, debemos centrar nuestra atención en el régimen d la contratación temporal y en el del despido, si bien hay que subrayar que respecto de tales cuestiones, la reforma de 1997 es incomprensible sin l referencia de la de 1994. Por último, deberá examinarse lo verdaderament innovador de la modificación normativa operada en el presente año: el contrato para el fomento de la contratación indefinida

I. LA TEMPORALIDAD EN LA CONTRATACIÓN LABORAL

Esta es la forma más directa de afrontar el tema de la estabilidad laboral ya que, en la medida en que se facilite el recurso empresarial a la contratación temporal, la inestabilidad del trabajador será mayor.

En España, esta materia ha conocido tradicionalmente un divorcio entre realidad y norma. Así, y según esta última, lo estructural ha sido siempre —y lo es hoy— la causalización de la contratación temporal. De este modo, el artº 15 ET, en sus diversas versiones, ha configurado las causas que habilitan a un empresario para el lícito recurso a tal tipología. Es más, los principios de estabilidad como regla y temporalidad como excepción se hacen aún más evidentes cuando se aprecia la existencia de una serie de presunciones (unas "iuris tantum" y otras "iuris et de iure") que conducen a afirmar la "fijeza" del trabajador incurso en alguno de los supuestos de hecho:

— no revestirse el contrato de la forma escrita cuando ello se establezca legalmente (art. 8.2 ET);
— no estar dado de alta en la Seguridad Social (art. 15.2 ET);
estar contratado temporalmente en fraude de ley (art. 15.3 ET);
— no haber recibido denuncia de finalización del contrato temporal (art. 49.1.c ET);
— continuar prestando servicios para la empresa usuaria pese a finalizar el plazo de puesta a disposición (art. 7.2 L 14/94).

Sin embargo, y también tradicionalmente, el —ya derogado— art. 17.3 ET, siempre como excepción a tal regla general, habilitaba al Gobierno para establecer un contrato temporal basado en razones de fomento del empleo, con una duración máxima de tres años de duración y una reducida indemnización por finalización de contrato (12 días de salario por año trabajado).

Con tales bases normativas, y tras alguna norma de coyuntura, se aprueba el RD 1989/84 en el que se permite el uso empresarial intensivo de tal figura sin necesidad de estar conectada a necesidades temporales de la empresa. El resultado fue que tal contrato, pese a configurarse jurídicamente como excepción, en la práctica se convirtió en la regla, de modo que la inmensa mayoría de las contrataciones se realizaron por tal vía.

Tras una larga vigencia de este sistema, el art. 6 L 10/94 para 1994 y el art. 44 L 42/94 para los años siguientes (en 1997 como consecuencia de la Disp. Adic. 6ª L 13/96) vinieron a corregir esta situación procediendo a una reducción de los colectivos a cuya contratación iba dirigida esta fórmula temporal, lo que se concretó en los siguientes: beneficiarios de prestaciones por desempleo, mayores de 45 años y minusválidos.

La consecuencia de tal opción política fue clara: una vez superados los balbuceos motivados por las normas transitorias desde el régimen anterior al actual, se redujo notablemente el número de contratos temporales de fomento del empleo.

En la práctica, sin embargo, la reducción del colectivo de trabajadores al que aplicar el contrato de fomento del empleo, unido a la reinstauración como regla de la causalización del contrato temporal, trajo consigo el que el empresario, resistiéndose a la contratación indefinida, recurriera a instrumentos tradicionales como el contrato de obra y servicio o el eventual. La consecuencia fue el acortamiento de la vigencia de la relación laboral: si antes se podía mantener la relación hasta un máximo de tres años, ahora es preciso que la duración de ésta se acomode con la del evento temporal que justifica su utilización.

Por tanto, el resultado práctico fue el recorte del tiempo de duración de la relación laboral, lo cual obliga a un alto nivel de recontratación, esto es, de rotación.

De todo ello puede concluirse que el empresariado español es fuertemente refractario a la contratación indefinida, tal cual la misma ha venido entendiéndose hasta hoy, y que, desaparecida la posibilidad general de contratar temporalmente sin necesidad de justificar su causa, prefiere utilizar las vías tradicionales de contratación temporal antes que la indefinida.

Por su parte, y ante este dato de la realidad, las Leyes 63/97 y 64/97 (así como los previos RD Ley 8/97 y 9/97) suponen una profundización en la voluntad política de reducir el campo de actuación para la contratación temporal descausalizada:

— por una parte, con la nueva redacción del art. 15.1 ET, reduce los supuestos de contratación temporal a los de obra o servicio determinados, eventualidad e interinidad, eliminando la fórmula contrato de lanzamiento de nueva actividad que, en sustar proporcionaba al empresario la posibilidad de recurrir a la contrata temporal descausalizada en el período de inicio de actividad;
— por otra, queda derogada la ya citada Disp. Adic. 6ª L 13/96, e relativo a los apartado 1,2 y 3 del art. 44 L 42/94, salvo en lo relati los trabajadores minusválidos: ello quiere decir que la posibilidad contrato temporal de fomento de empleo queda reducida contratación de trabajadores minusválidos;
— salvo la anterior referencia a la contratación temporal de minusváli los incentivos económicos se centrarán en el fomento de la contrata indefinida y la estabilidad en el empleo (art. 2 L 64/97);
— por último, el art. 17,3 ET, en su nueva redacción, si bien conti permitiendo al Gobierno el establecimiento —junto a otras— fórmulas de contratación temporal para fomento de empleo, elimina referencias a la duración máxima y a la indemnización por finaliza e introduce el siguiente párrafo:[x]

"Las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se orienta prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajad desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos tiempo indefinido".

Por todo ello podemos subrayar que, en España, como regla general, se vuelto a reafirmar jurídicamente el principio de la causalidad del contrato tempo

Quiere ello decir que, si dejamos de lado la —hoy marginal— contrata por fomento del empleo, las posibilidades empresariales en el uso de temporalidad se reducen a la satisfacción de necesidades coyunturales y permanentes. Así, los contratos para obra o servicio determinados, eventuales, los de interinidad (art. 15 ET), los de prácticas y de formación (11 ET) o el de relevo (art. 12.4 ET). En todos ellos hay un fundamento explica su carácter no permanente: bien necesidades empresaria coyunturales, bien razones formativas (por esencia, delimita temporalmente), bien la sustitución parcial de un trabajador a jubilar en inmediato futuro.

Por todo lo cual, no cabe sino afirmar que la normativa laboral española asienta, tras las reformas de 1997, sobre la base de la estabilidad en el empl y la causalización de la contratación temporal.

Sin embargo, y dado el ya referido divorcio entre realidad y norma, experiencia nos deberá ir indicando si el empresariado acepta este esquem si, nuevamente, vuelve a forzar las fórmulas contractuales para obtener u mano de obra temporal.

Es, pues, necesario constatar si lo normal, por real y no por "desideratu legal, sea la contratación indefinida, que es el instrumento imprescindible pa lograr la estabilidad en el empleo. Para todo ello, es preciso acometer el análi

por el final, esto es, por el régimen español del despido y las reformas realizadas en el mismo para lograr superar el rechazo empresarial de la contratación indefinida.

II. LA REFORMA DEL SISTEMA DE DESPIDO

Diversos, y hasta encontrados, son los intereses que se encuentran en juego alrededor de esta figura:

— por una parte está la estabilidad en el empleo del trabajador afectado por el despido;
— por otra, la adaptabilidad de las empresas a los continuos cambios del mercado en el que están insertas y, por tanto, su competitividad;
— por último, de esta última circunstancia depende en buena medida el mantenimiento futuro del empleo de los no despedidos.

Resaltado lo anterior, la situación de partida antes de la reforma de 1994 era la siguiente:

— un procedimiento de despido colectivo, basado estrictamente en causas económicas y tecnológicas, que requería un acuerdo previo con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, una autorización administrativa, y con una indemnización mínima de 20 días de salario por año trabajado con el límite de una anualidad (salvo que en la negociación antes citada, como era normal, se aumentase dicha cuantía);

— un despido individual, que, pese a aparecer formalmente como causalizado (disciplinario u objetivo), se comportaba en la práctica como libre ya que ni existía intervención pública previa (la judicial era a posteriori), ni la inadecuación a una de las causas tipificadas suponía la readmisión del trabajador sino que, como norma general, se dejaba al empresario la posibilidad de optar entre ésta y la rescisión de la relación mediante el pago de una indemnización consistente en los salarios de tramitación más 45 días de salario por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades.

La coexistencia de un despido colectivo burocratizado y uno individual libre tuvo como efecto el que las reestructuraciones empresariales, que teóricamente deberían realizarse a través del primero, se recondujeran hacia el segundo, aun arrostrando indemnizaciones más elevadas, con el lógico aumento de los costes sociales.

Esta situación suponía un lastre al cambio dentro de la empresa española que era particularmente significativo a medida que los mercados se han ido convirtiendo en tan amplios como competitivos.

Por todo ello, la ya mentada reforma de 1994 se concreta, en lo que a nosotros interesa, en lo siguiente:

— enriquecimiento de las causas de despedir añadiendo, a las tradicionales de económicas y técnicas, las basadas en razones organizativas y productivas;
— posibilidad de alegar las mismas, no sólo en los despidos colectivos, sino también en los individuales siempre que los afectados no excedan de un máximo;
— recorte en los costes por despido, no sólo por el aumento de las causas no disciplinarias, sino por la minoración del monto indemnizatorio de los despidos improcedentes.

Teniendo en cuenta que el despido colectivo mantiene, en lo sustancial, los esquemas anteriores a la reforma, dedicaremos las próximas líneas al estudio de las modificaciones operadas en los despidos individuales con vistas a obtener un abaratamiento real de los costes de las indemnizaciones. Para ello, comenzaremos con el disciplinario para, a continuación, centrarnos en el supuesto más llamativo, el del despido objetivo del art. 52.c ET.

a) Despido disciplinario

Partiendo de la base de que, según el art. 56.1 ET, la indemnización por despido improcedente se compone de una cuantía en función de la antigüedad del trabajador (45 días de salario por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades) más los llamados salarios de tramitación (los dejados de cobrar desde el cese real de la relación hasta la notificación de la sentencia), el abaratamiento del coste empresarial por despido improcedente se realiza sobre la base de, manteniendo incólume el nominal de la indemnización según antigüedad, proceder a un recorte de los salarios de tramitación.

A tal efecto, se mantiene la norma preexistente según la cual, cuando el despido sea declarado improcedente, corresponde al Estado el pago de los salarios correspondientes al trabajador referidos al período de la tramitación judicial que exceda de los primeros sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda (arts. 57 ET y 116 y ss. LPL).

Ahora bien, cuando la improcedencia sea reconocida en conciliación y se ofrezca la indemnización oportuna, los salarios de tramitación se limitan a los que van desde el acto extintivo a la conciliación, aunque prosiga el procedimiento por el trabajador (por ejemplo, para que se declare la nulidad del despido) (arts. 56.2 ET y 110.1 LPL).

Por si ello no fuera poco, se recortan los salarios de tramitación durante el período que va desde la notificación de la primera sentencia hasta la de la que pone fin al recurso:

— si el empresario opta por la readmisión, sea quien sea el recurrente, el trabajador tiene derecho a cobrar su salario durante la pendencia del recurso (arts. 111.a y 295 LPL);
— si el empresario opta por la indemnización, e igualmente sea quien sea el recurrente, el trabajador se considerará, durante la tramitación del recurso, en situación de desempleo involuntario y podrá acceder a las prestaciones que corresponda, en el bien entendido de que dicho lapso temporal se considerará como de ocupación cotizada a efectos de lucrar posteriores prestaciones (art. 111.b LPL).

Por último, despidos que antes de la reforma eran catalogados como nulos van a pasar a calificarse ahora como improcedentes (art. 55.4 ET). Nos referimos a aquéllos que, por no haber cubierto las formalidades exigidas, eran hasta ese momento considerados como nulos. La consecuencia de ello es un abaratamiento de la indemnización ya que, en tales casos, los salarios de tramitación eran más amplios y no era posible recabar del Estado el exceso sobre los sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda. Así, esta recalificación como improcedente produce una cuantiosa disminución de los costes por despido.

De esta forma, intocada la cifra tabú de los 45 días de salario por año trabajado, se consigue recortar el coste real de la indemnización de despido mediante la minoración de ese segundo componente que son los salarios de tramitación y que, aun revistiendo apariencia marginal, ocupa un lugar sustancial dentro de la indemnización final, sobre todo a medida que el afectado tenga una menor antigüedad.

b) Despido objetivo

El art. 52 ET, en su redacción previa a la reforma de 1994, configuraba el despido objetivo como un instrumento extintivo que atendía a circunstancias personales del trabajador (ineptitud; falta de adaptación al cambio tecnológico; absentismo laboral justificado) o a necesidades de gestión de las empresas pequeñas (amortización de un puesto de trabajo en las empresas de menos de 50 trabajadores). Sea como fuere, ninguna de estas causas suponía un incumplimiento del trabajador y ello explicaba el que el despedido tuviera derecho, en todo caso, a una indemnización:

— cuando la extinción era procedente, el empresario debía poner a disposición del trabajador, en el momento de la notificación, una indemnización de 20 días de salario por año trabajado con un límite de 12 mensualidades (art. 53.1.a ET);
— cuando improcedente, la indemnización era la misma que en el despido disciplinario improcedente, esto es, los salarios de tramitación más 45 días de salario por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades, de la cual habría que deducir lo ya cobrado en el momento de la notificación empresarial de despido (art. 53.5.b ET).

La reforma de 1994 supuso, en lo sustancial, el mantenimiento de la mecánica extintiva e indemnizatoria, pero modificó la redacción de la causa descrita en el art. 52.c ET ya que, de ser un mecanismo para la extinción de un único puesto de trabajo en empresas de menos de 50 trabajadores, se pasa a la posibilidad de amortizar diversos puestos de trabajo siempre que concurran causas económicas, tecnológicas, organizativas o de producción y la medida extintiva no afecte a un número tal de trabajadores que sea necesario el recurso a la vía del despido colectivo del art. 51 ET.

De esta forma, la diferencia entre el despido colectivo y tal despido objetivo es meramente cuantitativa (el número de afectados), de modo que reestructuraciones colectivas, siempre que no excedan de ciertos márgenes, pueden ser realizadas a través del despido individual con una indemnización, si es procedente, igual a la del despido colectivo.

Aquí reside la gran virtualidad de la tantas veces mentada reforma: a partir de la misma, en determinados supuestos de crisis empresarial, el empresario puede proceder a despidos más baratos que los disciplinarios y sin necesidad de negociarlos con los representantes de los trabajadores o de recabar la autorización administrativa, sometido sólo al control posterior del juez sobre la existencia y virtualidad de las causas alegadas.

De esta forma, se produce un aumento de las facultades extintivas empresariales y un abaratamiento real del coste del despido ya que extinciones colectivas que hasta entonces se operaban a través del despido disciplinario improcedente, se realizarán como despido objetivo procedente. La indemnización conectada a la antigüedad, pues, se recorta desde los 45 días de salario por año a los 20 días, circunstancia ésta más significativa si se tiene en cuenta que en las empresa de menos de 25 trabajadores, el FOGASA asumirá el 40% de dicha cuantía, con lo que se reduce la misma a prácticamente 12 días (art. 33.8 ET).

Llegados a este punto, y dada la relevancia del cambio normativo, es preciso analizar los dos elementos más significativos del art. 52.c ET. Nos referimos al umbral de trabajadores afectados y a la determinación de las causas típicas de este despido. Para ello, se impone la conexión con los conceptos enunciados en el art. 51.1 ET.

1) El límite de trabajadores afectados

En esta materia, y según el tenor literal del art. 52.c ET, existen dos supuestos a tener en cuenta.

En primer lugar, en el caso de la cesación total de la actividad empresarial y la consiguiente extinción de los contratos de la plantilla, la vía del despido objetivo queda abierta cuando la empresa tenga cinco o menos trabajadores.

Por su parte, cuando el cese no afecte a la totalidad de los trabajadores, el recurso al despido objetivo es posible cuando el número de afectados, en un período de noventa días, sea inferior a las siguientes cuantías:

— diez cuando la empresa de trabajo a menos de cien trabajadores;
— 10% en aquella que ocupe entre cien y trescientos trabajadores;
— treinta cuando los trabajadores de la empresa sean trescientos o más.

A los objetos de tal cómputo, se tendrán en cuenta todas las extinciones ocurridas por iniciativa del empresario siempre que su número exceda de cinco. De dicha consideración habrán de excluirse la extinción de contratos temporales y aquellas otras conectadas a motivos inherentes a la persona del trabajador (art. 51.1.4 ET), esto es, despidos procedentes basados tanto en razones disciplinarios como en objetivas diversas del art. 52.c ET.

Por último, se establece un sistema de seguridad para impedir el recurso fraudulento a despidos objetivos referidos a períodos de 90 días consecutivos sin exceder los umbrales que obligarían a utilizar el procedimiento, más gravoso, del despido colectivo: en estos casos, si no concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, los nuevos despidos objetivos serán declarados fraudulentos y, por tanto, nulos y sin efecto.

2) Las causas del despido objetivo del art. 52.c ET.

Subrayados los límites temporales y cuantitativos del despido objetivo, quedan por analizar las causas que lo justifican y que ya señalamos que son idénticas a las del despido colectivo. Para ello, y tal como avanzamos, nos encontramos con que el abanico de causas se ha enriquecido tras la reforma de 1994 ya que, a las tradicionales económicas y tecnológicas se han unido dos nuevas: las organizativas y productivas.

No queda, sin embargo, ahí la novedad, sino que se introduce un párrafo bastante explicativo:

> "Se entenderán que concurren las causas (...) cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos"

De esta forma, no es sólo que existan más causas para despedir, es que las ya reconocidas con anterioridad deben ser reinterpretadas en un sentido flexibilizador de las rigideces preexistentes, derivadas más de la práctica administrativa que del dictum legal. Así, si la vieja definición de la crisis como "objetiva, real, actual, suficiente e irreversible" conducía a configurar el

despido por causas económicas y tecnológicas como un instrumento para hacer factible el cierre empresarial, la nueva configuración de las causas y la descripción de su virtualidad llevan a subrayar su instrumentalidad para asegurar el mantenimiento de las unidades productivas, incluso sin trabajadores, de modo que constricciones de la plantilla actual de una empresa permitan su dimensionamiento futuro.

En todo caso, la consagración de unas causas con perfiles imprecisos y con abundantes conceptos jurídicos indeterminados ha suscitado una polémica sobre el papel del juez en la apreciación de la licitud de tales despidos, debate que puede sintetizarse en las siguientes tres líneas interpretativas:

— una primera, considerada permisiva, según la cual el juez se debe limitar a comprobar la situación negativa alegada por la empresa, así como que se hayan respetado los requisitos formales y no haya habido fraude o móvil discriminatorio;
— una segunda, de control judicial intenso, según la cual, a la empresa no le basta con acreditar la causa negativa sino que deberá probar que la decisión extintiva, sola o junto a otras medidas, tiene un efecto directo en la solución de la problemática empresarial;
— una tercera, de carácter intermedio, que matiza a la segunda en el sentido de subrayar que lo que al juez le corresponde es comprobar que las extinciones pretendidas suponen una contribución razonable, por sí o junto a otras medidas, a la superación de la situación de crisis o al aseguramiento de su viabilidad futura.

Esta última perspectiva es la que ha sido asumida, por lo demás, por las SSTS 24-abril-1996 (art. 5.297) y 14-junio-1996 (art. 5.162), dictadas en unificación de doctrina, que han homogeneizado en buena medida los conceptos y, en consecuencia, aportado seguridad jurídica en la utilización de los despidos objetivos del art. 52.c ET. De ambas resoluciones judiciales pueden extraerse las siguientes conclusiones:

— la carga probatoria corresponde siempre al empresario que haya tomado la decisión extintiva y debe versar tanto sobre la existencia de la causa que alega como del efecto del despido en la superación de la situación desfavorable;
— la causa a alegar debe consistir en un factor sobrevenido que incida de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa o en su eficiencia, ya porque afecte al ámbito de los medios de producción (causas técnicas), al de los sistemas y métodos de trabajo (causas organizativas), al de los productos o servicios que la empresa puede colocar en el mercado (causas productivas) o al de los resultados de la explotación (causa económica;
— existen dos posibilidades a la hora de realizar la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción o extinciones

laborales y la superación de la situación económica negativa o en la garantía de mantenimiento de la empresa y del empleo:

- si lo que se pretende es la supresión total de la plantilla, lo que habrá que demostrar es que el acto extintivo amortigua la situación económica negativa de la empresa, ya de por sí inviable y carente de futuro, tratándose por tanto de una actividad probatoria de hechos pasados;
- si lo que se pretende es una reducción de plantilla, junto a tales datos históricos (de prueba relativamente fácil) es preciso insertar los despidos en el marco de recuperación de la empresa y analizar la adecuación o proporcionalidad de éstos para conseguir los objetivos propuestos. Se impone entonces un juicio sobre la razonabilidad de la conducta empresarial atendiendo para ello a los criterios técnicos comúnmente seguidos en la gestión económica de las empresas.

De este modo, si la prueba es relativamente fácil cuando se trata de la supresión total de la plantilla, se hace mucho más compleja en el caso de la mera reducción ya que deben atenderse tanto circunstancias del pasado como razonables previsiones de futuro. Es precisamente este criterio de razonabilidad el que otorga al juez un amplio margen de criterio que ha sido considerado por unos y por otros como atentatorio de elementales principios de seguridad jurídica ya que situaciones parecidas son resueltas de modo contradictorio según cuál sea la autoridad judicial competente.

Esta problemática ha intentado ser resuelta mediante una modificación del texto del art. 52.c ET realizada mediante el art. 3 Ley 63/97 con la que se pretende dar una mayor concreción de las causas de dicho despido objetivo a la vez que integrar la doctrina emanada del Tribunal Supremo. En lo más relevante para este trabajo, se establece lo siguiente:

> "A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las 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 recursos".

Igualmente, el nuevo art. 85.2 ET (introducido mediante el art. 4 Ley 63/97) posibilita el que, mediante la negociación colectiva, se articulen procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos.

Sea como fuere, parece difícil huir de los conceptos jurídicos indeterminados, por lo que, en este ámbito, la discrecionalidad judicial será especialmente amplia y constante el peligro de soluciones contradictorias para casos similares.

En consecuencia, la figura del despido individual aparece, a los oj empresario, de la siguiente manera: sigue siendo caro el disciplinario inseguro el objetivo del art. 52.c ET.

La consecuencia es lógica: aprovechando la situación generada p abundante excedente de mano de obra existente, al empresario le es pref aun forzando los esquemas legales, el recurso a la contratación temporal que a la indefinida. De este modo, volvemos al punto de partida: es nec proceder a una reforma que proporcione una real estabilidad en el e impidiendo el —en la práctica, abundante— torticero recurso a la contra temporal.

III. EL CONTRATO PARA EL FOMENTO DE LA CONTRATA INDEFINIDA

Ante esta situación, se hizo necesario proceder a un replanteamiento cuestión de la estabilidad en el empleo, modificando las perspectivas ahora utilizadas. Fruto de ese cambio es el denominado "contrato p fomento de la contratación indefinida". Al análisis del mismo dedicarem próximas líneas.

a) Premisas jurídicas del nuevo contrato

Antes que nada, debe recordarse que el Derecho en general y el del T en particular no puede aspirar, por sí mismo, a generar empleo, sino a ser adecuado cauce a la voluntad de crearlo. Prueba de ello es, por ejempl cuando el legislador ha eliminado trabas estructurales a la contratación p (art. 12 ET), tal fórmula ha recibido un impulso considerable.

Por contra, una determinada configuración del Ordenamiento Juríd puede dar lugar a la destrucción o no creación de empleo desde el mome que no se asuma el necesario juego de pesos y contrapesos de un sistema el español que, en lo económico, se asienta fundamentalmente sol principio de libre iniciativa privada. Así, el mantenimiento a ultranza de principios proteccionistas de los trabajadores puede llevar al efecto con esto es, a la no contratación de los mismos o, todo lo más, a su contrata términos de una extrema precariedad.

En otro orden de ideas, España es un Estado en cuya Constitución refrendado el principio de libertad de empresa en el marco de la econo mercado (art. 38). De este modo, y si bien tal libertad está funcionaliza consecución del aumento de la productividad nacional, se reconoce el preponderante de la figura del empresario como fundamental motor economía. Ello quiere decir que, al fin y a la postre, es éste quien contra que pueda imponérsele un contingente obligatorio general.

En este contexto, si bien el art. 35 Const. subraya que "todos los españoles" tienen derecho al trabajo, ello no puede ser interpretado en su grado máximo ya que supondría el desconocimiento del correlativo derecho del empresario a organizar su empresa.

Por todo ello, se impone una interpretación reductora del derecho al trabajo que, al menos en las relaciones entre particulares, se convierta en un instrumento defensivo de los que ya tienen trabajo frente a la eventual voluntad empresarial de proceder a la resolución contractual.

Precisamente en esto encuentra plena justificación el establecimiento legal de indemnizaciones a cargo del empresario frente a extinciones de contrato que no tengan su base en un previo incumplimiento del trabajador. Tales indemnizaciones, por tanto, no forman parte del patrimonio del trabajador, sino que son un instrumento que garantiza su estabilidad en el empleo.

También por mandato constitucional (art. 40.1 Const.), los poderes públicos están impelidos a realizar una política orientada al pleno empleo.

Tal precepto, aunque pueda parecer paradójico, ha sido la fuente de legitimación de las fórmulas de contrato temporal descausalizado, siguiendo para ello la idea de que lo importante es que el empresario se decida a contratar, aunque sea temporalmente. El éxito de esta figura y el fracaso de la contratación indefinida ha demostrado la reticencia empresarial a un sistema donde, desde su punto de vista y en términos económicos, se penaliza la antigüedad de los trabajadores hasta unos límites considerados por los primeros como inaceptables.

Siendo estos los hechos y siendo evidente que la estabilidad se ha convertido en un anhelo común hoy en día, es necesario establecer un sistema indemnizatorio alternativo que recorte la gravosidad económica de la antigüedad, al menos en los límites hasta ahora conocidos.

Igualmente, es preciso impedir que el establecimiento de un despido más barato suponga, al menos a corto plazo, una intensificación de las extinciones contractuales.

En tal caso, el problema se convierte en una cuestión de dosis: es preciso fijar un sistema indemnizatorio que, impidiendo la libérrima voluntad extintiva del empresario y con ello garantizando la estabilidad en el empleo de los ya contratados, no desincentive la contratación estable de nuevos trabajadores para atender necesidades ordinarias de la empresa.

Hasta ahora, la antigüedad como método de cálculo de la indemnización por despido ha sido concebida como un tabú, de modo que los incentivos dados a los empresarios para la contratación han ido desde las subvenciones económicas, a las bonificaciones fiscales o de seguridad social o a la facilitación del contrato temporal para atender necesidades ordinarias... Nunca, sin embargo, se ha tocado la fórmula indemnizatoria.

Por contra, en el momento presente parece que habrá que alterar ese viejo dogma si se quiere conseguir la identificación entre realidad y norma: configurar contratos temporales para necesidades productivas coyunturales y contratos estables para la actividad ordinaria de la empresa, con independencia —en ambos casos— de que la ocupación requerida sea total o parcial.

Esto es lo que se ha realizado mediante el "contrato para el fomento d contratación indefinida", cuya regulación se contiene en la Disp. Adic. 63/97. La finalidad del mismo consiste en "facilitar la colocación establ trabajadores desempleados y de empleados sujetos a contratos temporale podrá utilizarse por empresarios y trabajadores en los cuatro años siguient la entrada en vigor del RDL 8/97, esto es, hasta el 16 de mayo del 2. quedando abierta la posibilidad de sucesivas ampliaciones de dicho plazo, ello de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 6° de la Disp. Adic. 1ª.

Dicho contrato, que se concertará por escrito en modelo oficial, lo será tiempo indefinido, su regulación será la de la Disp. Adic. 1ª durante tod vigencia y, en lo no expresamente regulado en la citada disposición se re "por lo dispuesto en la Ley y en los convenios colectivos para los contratos tiempo indefinido" (Disp. Adic. 1ª.3). Aplicándose, pues, la normativa gen en todo aquello que no tenga tratamiento particularizado, es preciso analicemos aquellos extremos con régimen específico.

b) Colectivos laborales "contratables"

En este terreno, la atención de los negociadores se ha centr fundamentalmente, en los grupos que estadísticamente se consideran m apreciados en el mercado de trabajo: jóvenes, parados de larga durac mayores de 45 años, minusválidos...

Ello no quiere decir que tales sectores de población necesariamente d ser contratados a través de tal vía, sino que la misma se ofrece como complemento a las ya existentes, incluido el contrato indefinido ordinario.

Ahora bien, lo relevante es que el resto de personas no podrá utilizar modalidad contractual. Aún así, debe señalarse desde el principio que colectivos integrados son lo suficientemente amplios y abiertos para p garantizar que la mayoría de la población laboral va a verse afectada por d innovación contractual.

Los grupos enunciados en el apartado 2° de la Disp. Adic. 1ª se puc agrupar en atención a las siguientes circunstancias:

1) La edad

En primer lugar, el referido contrato indefinido va dirigido a jóvenes edades entre 18 y 29 años (ambas inclusive) y a mayores de 45 años. Qu ello decir que quedan fuera los muy jóvenes (16 y 17 años) y aquéllos c banda de edad oscila entre los 30 y los 44 años.

Respecto a los menores de edad reseñados, llama la atención el mientras el art. 7 ET considera que son sujetos aptos para el trabajo, el p los excluye de la posibilidad de ser sujetos de la nueva modalidad de cont indefinido. Esta circunstancia es particularmente significativa si se tiene

cuenta que, por la propia estructura del sistema educativo español, dichas personas, si son demandantes de empleo, lo son de trabajos de muy baja cualificación ya que, en el mejor de los supuestos, escasa es la que ellos tienen.

Parece que lo que del pacto rezuma es la idea de que los menores de edad deben centrarse en la adquisición de conocimientos teóricos y prácticos, ya en el plano académico, ya a través de los contratos propiamente formativos, para, en una segunda fase, pasar a una relación laboral estable.

En lo tocante a los trabajadores entre 30 y 44 años, la nueva modalidad de contrato indefinido queda cerrada, aunque ello, como veremos más adelante, es más un espejismo que una realidad

Por último, y en lo que hace a los mayores de 45 años, llama la atención el que se permita el recurso a la citada modalidad para contratar trabajadores jubilables: si en nuestro Ordenamiento la jubilación se configura como un derecho del trabajador sólo constreñible por razones de fomento del empleo y con ciertas garantías, es paradójico que un acuerdo de los sujetos sociales para crear empleo estable permita la aplicación de esta específica fórmula contractual a un trabajador que puede jubilarse, impidiendo así que otro que no goza de tal derecho pueda ser contratado.

2) La minusvalía

En segundo lugar, se encuentran los minusválidos, debiendo reconducirse tal concepto a la definición contenida en la Ley 13/82 de integración social de los minusválidos: se entienden por tales aquellas personas que, teniendo reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33%, como consecuencia de ello tengan una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje.

Teniendo en cuenta la política legislativa de favorecimiento de la inserción laboral de los minusválidos, la extensión a tal colectivo de la nueva modalidad contractual de fomento del empleo estable no deja de ser una consecuencia lógica.

No obstante, habida cuenta de que hoy en día el empleo se considera un bien escaso y de que estamos precisamente ante medidas de fomento y reparto del mismo, es particularmente significativo el que se permita la presente modalidad contractual para dar empleo a un pensionista por invalidez permanente, sobre todo si se tiene en cuenta que dicha prestación pública es compatible con la realización de una actividad laboral (art. 141 LGSS).

3) El paro "de larga duración"

En tercer lugar se encuentran los parados que lleven al menos un año inscritos como demandantes de empleo.

En este caso, debe reseñarse el hecho de que no se usa el concepto "desempleado" sino el de "parado". Ello quiere decir que no estamos ante el caso de una persona que, habiendo estado empleada, en la actualidad está inscrita como desempleada, sino ante el supuesto de una persona que, haya trabajado o no anteriormente, figure desde hace un año como demandante de empleo. Queda claro, pues, que por tal vía pueden ser contratados todos los parados, sean desempleados stricto sensu, sean demandantes del primer empleo.

La consecuencia de todo ello es obvia: quienes, por razones de edad, no puedan acceder directamente al contrato estable, lo podrán hacer bajo la cobertura de "parado de larga duración".

4) La conversión de contratos temporales

Por último, están los trabajadores con contrato de duración determinada o temporal, incluidos los formativos. De este modo, al nuevo contrato estable se llega, sean cuales sean las características personales del trabajador, mediante la conversión de su contrato temporal, entendiendo por tal todo aquél en que se encuentre prevista una condición o término final: los formativos (art. 11 ET), el de relevo (art. 12.4 ET), los de duración determinada (art. 15 ET)...

Quiere ello decir que, si no se tiene la edad pertinente o no se es un parado de larga duración, siempre es posible contratar a una persona temporalmente (por ejemplo, diez días como eventual o para obra o servicio determinado) para, a continuación, transformar el contrato en estable.

Sin embargo, esta vía de entrada al contrato indefinido no se configura como un elemento de estructura sino como una salvaguardia que propicie la transformación de los contratos temporales vigentes evitándose así que los así vinculados vean resueltos sus contratos, pasando a engrosar las filas del paro. Por ello, y según los términos de la Disp. Adic. 1.2.b, se tendrán en cuenta tanto los contratos vigentes como aquéllos que pudieran suscribirse hasta transcurrido un año desde la entrada en vigor del RDL 8/97, esto es, el 17 de mayo de 1997. Llegado dicho término, los nuevos contratos temporales que se concierten se podrán convertir a la nueva modalidad de acuerdo con lo que disponga la negociación colectiva.

Así pues, y concluyendo, la definición de los colectivos a que el nuevo contrato va dirigido es tan amplia que puede decirse que tiene ambición de afectar, de un modo u otro, a la generalidad de la población laboral.

c) Indemnización por extinción del contrato

La introducción de un diverso sistema de cálculo de las indemnizaciones por despido era el verdadero nudo de la nueva modalidad contractual. A tal efecto, las diversas variantes podrían sintetizarse en las siguientes soluciones:

— reducir significativamente los días de salario por año (actualmente 45) así como el tope máximo (42 mensualidades);
— establecer un sistema indemnizatorio con cantidades anuales decrecientes según la antigüedad del trabajador en la empresa;
— fijar la regulación legal como dispositiva para el convenio colectivo sectorial o nacional, fijando, todo lo más, unos topes mínimos.

La opción que vio la luz, por contra, es algo más complicada ya que la especialidad que en este terreno presenta la nueva modalidad se ciñe al supuesto del despido objetivo improcedente.

Ello supone que si el contrato se extingue por un despido disciplinario considerado improcedente, se estará a lo regulado en el artículo 56.1 del ET, esto es, una indemnización de 45 días de salario por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades, así como los "salarios de tramitación".

Por contra, en el caso de extinción de la relación por despido objetivo improcedente, el empresario, además de los salarios de tramitación, deberá abonar una indemnización de 33 días de salario por año trabajado con un máximo de 24 mensualidades.

De este modo, se produce una minoración de la indemnización anual (que pasa a ser el 73% de la anterior) así como de su límite máximo (que se reduce al 57%). Uniendo ambos conceptos nos encontramos con el hecho de que, si antes la indemnización máxima se conseguía con una antigüedad de 28 años, ahora se consigue con poco menos de 22.

No dejan de ser significativas algunas de las circunstancias que rodean a la referida reducción del coste de la extinción:

— En primer lugar, la misma se extiende a todos los supuestos de despidos objetivos improcedentes, cualquiera que haya sido la causa alegada (y, obviamente, no probada) por el empresario. Consiguientemente, no se circunscribe a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino a todas las consignadas en el art. 52 ET, incluyéndose también las atinentes a la persona del trabajador (ineptitud, absentismo...).
— En segundo lugar, el hecho de que tal reducción sólo opere en los despidos objetivos va a traer como consecuencia el que los despidos sin causa real se reconduzcan a esta vía en lugar de la hasta ahora usual, que era la disciplinaria. De este modo, para esta nueva modalidad contractual, el procedimiento extintivo ordinario será el basado en causas objetivas, hecho éste de cierta relevancia si se tiene en cuenta que existen algunos costes adicionales para el empleador: el preaviso monetizable; la reducción horaria retribuida; y, con la excepción de las causas económicas, la previa puesta a disposición de una indemnización de 20 días de salario por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades.

Esta aparente contradicción entre reducción de la indemnización por antigüedad y leve aumento de costes de tramitación, que algunos pueden

entender como un retruécano artificioso, sólo es comprensible si se asume que, ante las dificultades de proceder a una definición más aquilatada de l causas del art. 52.c ET, se haya optado por asegurar al empresario el que, si l hechos alegados no llevan a la convicción del juez sobre la procedencia d despido objetivo, aquél al menos verá reducida sensiblemente la indemnizaci que deba afrontar.

d) Supuestos de contratación vetados al empresario

Como se ha señalado, la finalidad fundamental de la nueva modalid contractual no es otra que la de asegurar la creación de empleo estable dent de las empresas. Para ello, los negociadores han establecido una serie garantías dirigidas a impedir que se transformen contratos indefinidos existentes por otros que se sometan a las indemnizaciones inferiores de la nue modalidad contractual. De ahí que se subraye que la misma queda vetada aquellos empresarios que, en un determinado período previo, hayan sometido su personal a ciertos tipos de despido.

A tal efecto, según el apartado 5. de la Disp. Adic. 1ª, no podrá contrat bajo esta modalidad la empresa que, en los doce meses anteriores, hubie realizado "extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declarad improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a un despi colectivo. En ambos supuestos, la limitación afectará únicamente a l extinciones y despidos producidos con posterioridad a la entrada en vigor esta disposición y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo de la misn categoría o grupo profesional que los afectados por la extinción o despido para el mismo centro o centros de trabajo".

De todo lo anterior se deduce, en primer lugar, que la referida modalid contractual queda abierta para el empresario que, en la anualidad anterior, ha procedido a despidos disciplinarios, cualquiera que sea su calificación. A igu conclusión habrá que llegar respecto de las extinciones por voluntad d trabajador contempladas en el art. 50 ET. La compatibilidad entre despi disciplinario y nueva contratación sólo es comprensible desde la perspectiva la cuantiosa indemnización económica propia del despido improcedente, lo q supone que ésta sea ya de por sí un relevante obstáculo a la mera convenienc empresarial de resolver la relación laboral de sus trabajadores, sobre todo éstos tienen una cierta antigüedad.

Por otra parte, igualmente es posible el recurso a esta modalidad cuando empresario, en la anualidad previa, haya procedido a despidos objetiv declarados procedentes e, incluso, improcedentes, salvo que tal declaración realice en sede judicial. Así pues, si existe la causa o si el cese es acordado conciliación, el empresario no tiene impedimento alguno para que las futur contrataciones se realicen acudiendo a la nueva modalidad.

Mayores dificultades de comprensión tiene la incompatibilidad ent despidos colectivos y el nuevo contrato, sobre todo si se tiene en cuenta q

éste es compatible con el previo despido objetivo procedente. De este modo, teniendo en cuenta que las causas extintivas basadas en razones económicas, técnicas, organizativas y de producción son comunes en el colectivo y en el objetivo, no se entiende bien el diferente tratamiento que una y otra figura han merecido: es difícil encontrar una explicación al hecho de que, por ejemplo, en una empresa de menos de 100 trabajadores donde existe una causa —por ejemplo— económica para despedir, si tal medida afecta a 9 trabajadores es posible el uso posterior de la nueva modalidad de contrato estable y ello no está permitido cuando son 11 los trabajadores implicados. Tal incomprensión se hace aún más patente cuando la indemnización propia del despido objetivo procedente (20 días de salario por año) se identifica con la del despido colectivo.

En todo caso, esta limitación no será de aplicación cuando el despido colectivo haya sido acordado con los representantes de los trabajadores en el período de consultas previsto en el art. 51.4 ET.

Ahora bien, con carácter general y como quedó ya referido, tal prohibición de utilización de la referida modalidad contractual queda circunscrita, no a la empresa, sino a la cobertura de puestos de trabajo de la misma categoría o grupo profesional del centro o centros donde se produjeron las extinciones previas.

De esta forma, y resumiendo, a partir de ahora nos encontraremos con el siguiente panorama de trabajadores estables:

— todos los fijos contratados con anterioridad a este nuevo sistema seguirán manteniendo el mismo régimen indemnizatorio de antaño;
— a éste también se acogerán quienes sean contratados en el futuro sin acogerse a la citada fórmula, fundamentalmente por no estar dentro de los colectivos a los que la misma va dirigida;
— al nuevo sistema indemnizatorio se acogerán los contratados según la nueva tipología.

Sea como fuere, debe subrayarse que la norma, en esta ocasión y a instancias de los sujetos sociales, ha abandonado la "ingeniería" contractual y ha ido directamente al meollo de la cuestión, por lo que existen fundadas esperanzas de que, habida cuenta del período expansivo en que se encuentra nuestra economía, ello repercuta relevantemente sobre la creación de empleo estable.

La duda que todo ello suscita es si no hubiera merecido la pena llegar a la misma solución, no restringida a grupos concretos, sino para cualquier contratación de futuro. En efecto, si bien los colectivos que se van a acoger a esta nueva fórmula son bastante amplios, cabe la posibilidad de que tales medidas que privilegian la contratación de unos concretos grupos sociales pueda suponer, a largo plazo, una desincentivación a la contratación de los que no se encuentran dentro de los mismos y que, en los años venideros, se deba ampliar el abanico de sujetos contratables por esta vía.

BIBLIOGRA