ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN CASO DE DESPIDO: EL MARCO JURÍDICO EUROPEO Y PROPUESTAS DE DEBATE PARA POSIBLES NUEVAS REFORMAS EN ESPAÑA

alde
ALIANZA DE LOS LIBERALES Y DEMÓCRATAS POR EUROPA

ALIANZA DE LOS LIBERALES Y DEMÓCRATAS POR EUROPA

ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN CASO DE DESPIDO: EL MARCO JURÍDICO EUROPEO Y PROPUESTAS DE DEBATE PARA POSIBLES NUEVAS REFORMAS EN ESPAÑA

HAY DERECHO
Por una conciencia cívica

Octubre 2016

Contenido

1.- INTRODUCCION.- 4

2.- EL DEBATE EN TORNO A LA IDEA DE LA FLEXISEGURIDAD COMO NUEVO PARADIGMA EN LAS RELACIONES LABORALES 5

2.1.- El marco económico que condiciona el mercado de trabajo europeo y español. ¿Las reformas comportan incidencia en la evolución del mercado de trabajo? 5

2.2.- La Flexiseguridad laboral como solución a los desequilibrios del mercado de trabajo. 16

3.- MARCO REGULATORIO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO. 26

3.1.- La protección por terminación del trabajo en la Organización Internacional del Trabajo, OIT. 26

3.2.- La Carta Social Europea.- 27

3.3.- El Derecho de la Unión Europea.- 29

4.- DERECHO COMPARADO EUROPEO 35

4.1.- Reino Unido.- 35

4.2.- Holanda 36

4.3.- Dinamarca 38

4.4. Alemania.- 40

4.5.- Italia.- 43

4.6.- Francia.- 45

4.7.- Austria. 46

4.8. Polonia.- 48

5.- CONTRATOS DE TRABAJO INDEFINIDOS Y TEMPORALES EN EL DERECHO ESPAÑOL: EL MANTENIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD EN EL DESPIDO. 50

5.1. Contratos indefinidos y contratos temporales.- 50

5.2.- Incidencia del proceso de reformas laborales en España. 51

6.- DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA REFORMA DEL MODELO LABORAL ESPAÑOL. 55

6.1.-Planteamiento 55

6.2. Período de prueba anual establecido para el contrato indefinido de apoyo a emprendedores.- 56

6.3. Causas justificativas de los despidos colectivos.- 56

7.- ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DE LA ESTABILIDAD DE EMPLEO EN EL ÁMBITO DE LAS MICROEMPRESAS 58

7.1.- Planteamiento y concepto de microempresa. 58

7.2.- Su escasa recepción en el ámbito laboral. 59

8.- ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA EN MATERIA DE ESTABILIDAD Y PROTECCIÓN EN EL EMPLEO. 60

8.1. Propuestas de debate. 60

8.1.- Relaciones laborales especiales en el ámbito de las microempresas. 61

8.2. Unificación de las diversas modalidades contractuales en un único contrato de trabajo. 62

8.3. Aplicación de la mochila austriaca: pros y contras. 64

1.- INTRODUCCION.-

El desempleo y la temporalidad en el empleo son dos de los principales problemas que han venido afectando a los trabajadores en Europa de manera recurrente durante los últimos 25 años.

Efectivamente, numerosos países han tenido o tienen que enfrentarse a ese problema que, además, comporta graves repercusiones económicas y sociales. Ha sido el caso de Alemania tras la reunificación, el resto de los antiguos países de bloque del Este que se han venido incorporando a la Unión Europea, España, Italia, Grecia y Portugal (de manera recurrente con cifras de paro estructural muy alta) el Reino Unido durante la crisis de la minería del carbón en los años 80 y más recientemente con la crisis sufrida en los años 2007 a 2009 o Francia en la actualidad.

La falta de estabilidad en el puesto de trabajo y el coste que suponen los subsidios públicos para la protección de las situaciones por desempleo constituyen, desde distintas perspectivas, una seria amenaza para el mantenimiento a medio y largo plazo de una amplia clase media en Europa; y una dificultad añadida para la sostenibilidad del Estado de Bienestar que constituye una de las señas de identidad del modelo de sociedad que representa la Unión Europea.

El problema de la existencia de un desempleo estructural que -con mayor o menor incidencia- se está consolidando en Europa, es consecuencia, entre otros factores, del creciente número de operadores económicos que a nivel global entran en competencia con las empresas europeas, prácticamente en cada sector de actividad. La calidad de los recursos humanos europeos, el elemento tecnológico y la estabilidad social y política ya no constituyen la ventaja cualitativa que en otros tiempos fue determinante para su preeminencia económica en el mundo. Esa es una realidad a la que se debe hacer frente antes de que la situación sea irreversible.

La temporalidad en el empleo – a través de la posibilidad de otorgar contratos temporales en ciertas circunstancias o mediante la creación de Empresas de Trabajo Temporal (ETTs)-, se convirtió en una respuesta política al problema de desempleo, pretendiendo facilitar la incorporación al mercado de trabajo de personas desempleadas, mientras se mantenía el nivel de protección de los trabajadores indefinidos. Determinadas políticas públicas comunes en casi todos los estados miembros han tendido hacia el objetivo de que el empleo temporal fuera una fase previa a la de conseguir un empleo estable.

Sin embargo, se trató de una respuesta coyuntural a un problema con raíces estructurales y con el tiempo se ha podido comprobar la dificultad

para que las cortes de trabajadores temporales se conviertan en fijos, circunstancia que se agrava en determinadas franjas de edad.

La respuesta que en los últimos tiempos se ha ensayado la constituye la progresiva introducción de modelos de *flexiseguridad* en los mercados de trabajo de los países miembros. Particular importancia han tenido, como veremos a los largo del trabajo, las reformas introducidas en derecho español a partir de las reformas laborales que se sucedieron a partir del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio y que tuvieron su particular punto de inflexión con el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero.

El objeto del presente estudio no pretende abordar en su conjunto todas las posibles medidas que en el ámbito de la *flexiseguridad* pueden seguir adoptándose como continuación de las ya adoptadas. Por razones metodológicas, en el presente trabajo vamos a tratar solo de algunas de las posibles medidas o reformas relacionadas con lo que la doctrina denomina "flexibilidad externa", así como en materia de "seguridad de ingresos mínimos"; pero debe quedar claro que la aprobación tan solo de estas medidas sin profundizar también en las relacionadas con la mejora de la empleabilidad de los trabajadores no solo no reconducirá la situación sino que podría ser determinante, tal y como se advierte desde algún sector, en una quiebra del equilibrio de poderes que desde la segunda mitad del siglo XX se ha conseguido mantener entre trabajadores y empresarios.

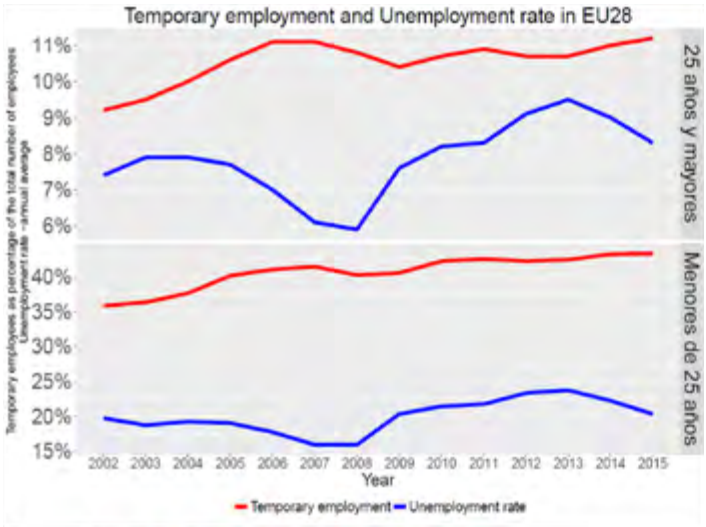
2.- EL DEBATE EN TORNO A LA IDEA DE LA FLEXISEGURIDAD COMO NUEVO PARADIGMA EN LAS RELACIONES LABORALES

2.1.- El contexto: ¿cómo ha evolucionado el mercado de trabajo en la Unión Europea?

Antes de comenzar con el análisis de las reformas llevadas a cabo en la Unión Europea para incluir modelos de *flexiseguridad*, vamos a ver brevemente la evolución de tres indicadores del mercado laboral: la tasa de desempleo, la temporalidad en el empleo y el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial, en el conjunto de la Unión Europea y en los países objeto de análisis, entre los años 2002 y 2015, fechas entre las que se produjeron las reformas que analizaremos.

La Gráfica 1 muestra la evolución de la tasa de desempleo y de la temporalidad en el conjunto de la UE28 entre los mencionados años, 2002 y 2015.

Gráfica 1. Desempleo y empleo temporal en la UE28 (2002-2015)



Fuente: Eurostat

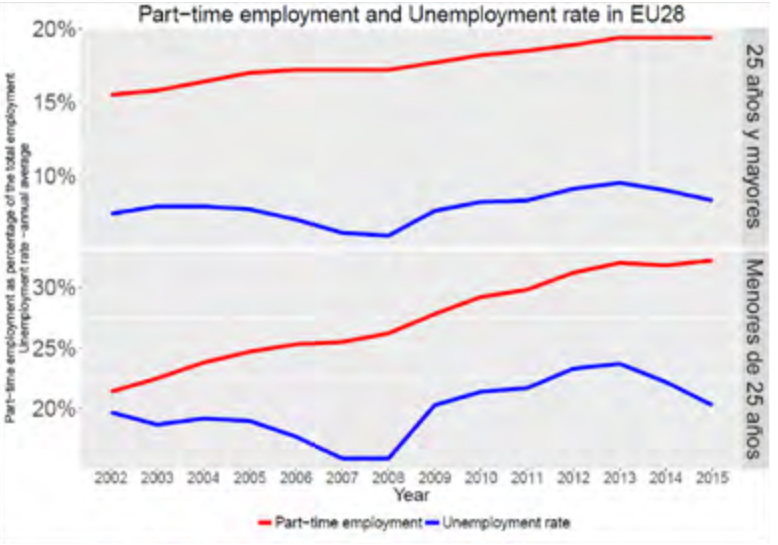
En la misma se aprecia que el desempleo, tanto entre los jóvenes como entre los mayores de 25 años, comenzó una etapa de descenso a partir del año 2013 que continuó hasta el año 2008, cuando comenzó a elevarse de forma sostenida hasta el año 2013. En ese año las cifras de desempleo vuelven a descender, situándose, en el caso de los jóvenes, en cifras similares a las del año 2002 (20%) y en el de los mayores de 25 años en torno a un punto porcentual más que en el año 2002 (por encima del 8%).

En el año 2013, cuando se alcanzaron las cifras de paro más altas, la tasa de desempleo entre los mayores de 25 años alcanzó para la media de la UE28 el 9,5%, y entre los menos de 25 años ese mismo año la tasa llegó prácticamente al 25%.

La evolución del empleo temporal ha sido mucho más lineal. Desde el año 2002 el porcentaje de trabajadores temporales en Europa ha crecido desde el entorno del 9% hasta superar el 11% entre los mayores de 25% y ha superado en el año 2015 el 45% entre los menores de 25 años, entre quienes el porcentaje de trabajadores temporales ha aumentado de forma constante desde 2002, cuando era del 35%.

El crecimiento ha sido también sostenido en cuanto a los trabajadores a tiempo parcial, cuya evolución se recoge en la Gráfica 2.

Gráfica 2 Desempleo y empleo a tiempo parcial en la UE28 (2002-2015)



Fuente: Eurostat

Como vemos los trabajadores a tiempo parcial alcanzan casi el 20% del total de trabajadores en el año 2015 entre los mayores de 25 años, cuando en 2002 eran algo inferiores al 16%. Entre los jóvenes la tasa de trabajadores a tiempo parcial ha pasado del 23% a superar el 30% en el periodo analizado.

A continuación veremos la evolución de los indicadores de desempleo y temporalidad en cada uno de los países que se analizarán más adelante, señalando en cada caso el año de las reformas analizadas, de modo que pueda observarse el impacto que en corto y medio plazo han tenido sobre ellos.

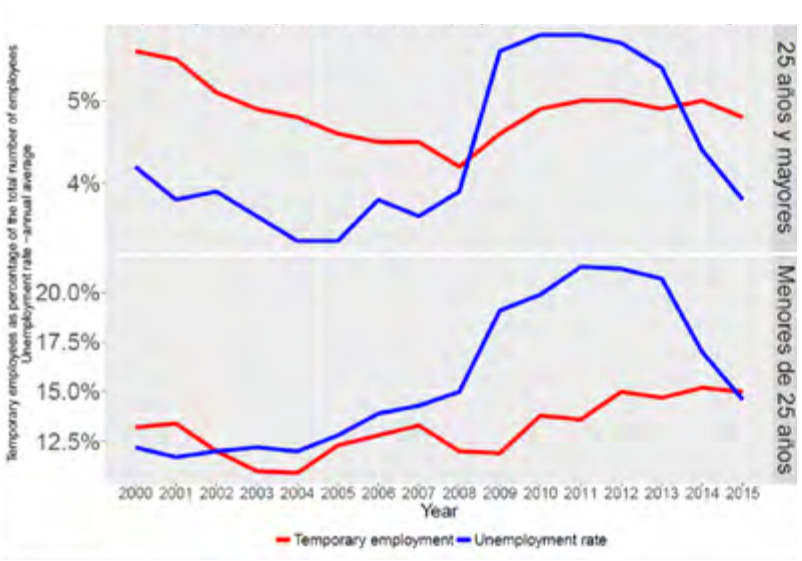
La gráfica 3 muestra la evolución de la tasa de desempleo y del trabajo temporal en el Reino Unido entre los años 2000 y 2015.

La tasa de desempleo en el Reino Unido llegó a su punto máximo en los años 2010 y 2011, cuando alcanzó tasas en torno al 6% entre los mayores de 25 años y en torno al 22% entre los menores de 25 años. Desde entonces tanto el desempleo juvenil como el general se han reducido considerablemente y se situó en el año 2015 por debajo del 4% para los mayores de 25 años y por debajo del 15% entre los más jóvenes.

Entre los años 2000 y 2008 la tasa de empleo temporal entre los mayores de 25 años se redujeron desde el 5,5% hasta ligeramente por encima del

4%. En 2008 el empleo temporal comenzó a aumentar ligeramente y se situó en 2015 por debajo del 5%. Entre los menores de 25 años se situó en 2015 en el 15%, tras diez años de un ligero aumento sostenido alrededor de dos puntos porcentuales.

Gráfica 3. Desempleo y empleo temporal en el Reino Unido (2000-2015)



Fuente: Eurostat

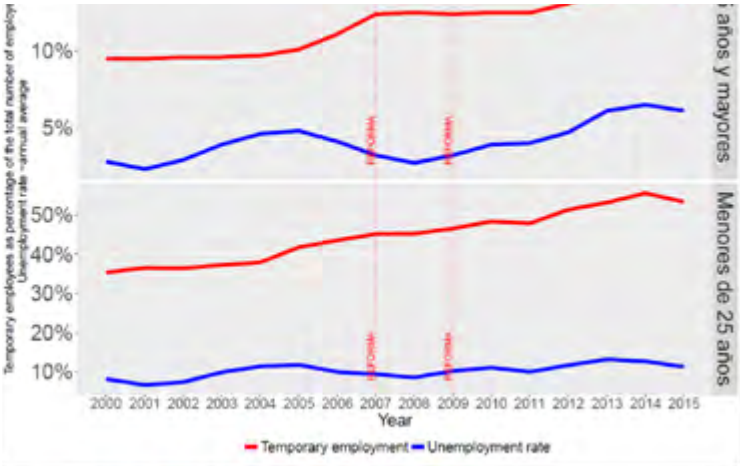
En el Reino Unido tanto la tasa de desempleo como la tasa de empleo temporal se han mantenido, para todos los rangos de edad, por debajo de la media de la UE28.

Los Países Bajos también han mantenido tasas de desempleo y temporalidad por debajo de la media europea, especialmente entre los menores de 25 años. Entre este colectivo el desempleo se ha mantenido relativamente estable entre el 10 y el 15% en los últimos 10 años. Entre los mayores de 25 años el desempleo se mantuvo en sus niveles más bajos en los años 2001 y 2008, con tasas en torno al 2,5%. A partir del año 2008 la tasa comenzó a elevarse hasta situarse en 2015 en torno al 6%.

La tasa de empleo temporal se mantuvieron estables entre los años 2000 y 2005, cuando comenzó a aumentar alcanzando el 13% en 2015 entre los mayores de 25 años y alrededor del 55% entre los menores de 25.

Como veremos, en Holanda se pusieron en marcha reformas laborales en los años 2007 y 2009.

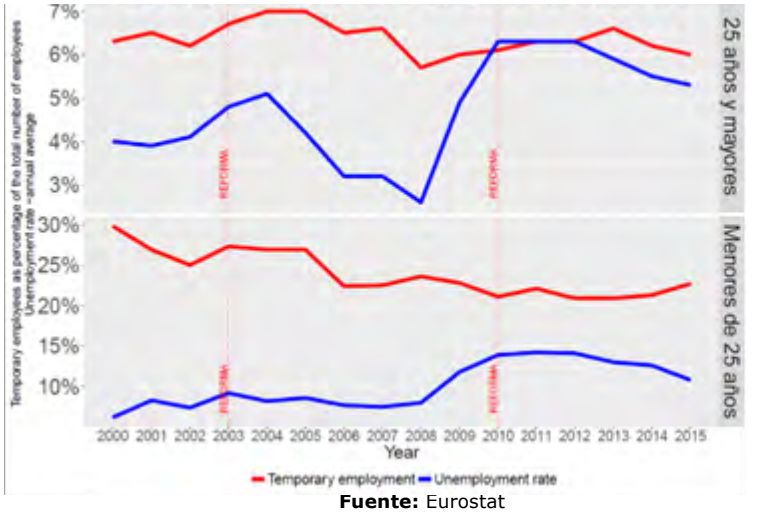
Gráfica 4. Desempleo y empleo temporal en Holanda (2000-2015)



Fuente: Eurostat

En Dinamarca se realizaron reformas en los años 2003 y 2010.

Gráfica 5. Desempleo y empleo temporal en Dinamarca (2000-2015)



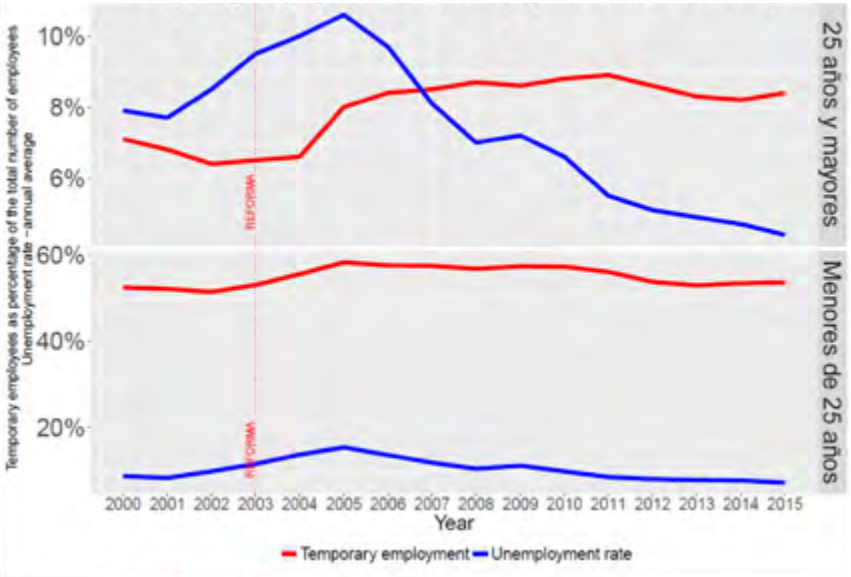
Fuente: Eurostat

En Dinamarca la tasa de desempleo aumentó de forma muy importante a partir del año 2008. Entre los mayores de 25 años la tasa de desempleo pasó del 2,5% hasta prácticamente el 6,5%. Entre los menores de 25 años la tasa duplicó y alcanzó el 15% en los años 2011 y 2012. Sin embargo, la tasa de empleo temporal se ha reducido entre los jóvenes hasta el 22,5% en el año 2015 y hasta el 6% entre los mayores de 25 años. La reforma de 2010 parece estar asociada a una posterior disminución del paro.

En Alemania la reforma que analizaremos se puso en marcha en el año 2003. Tras la reforma, el desempleo aumentó ligeramente hasta el año 2005, cuando comenzó a descender, incluso a partir de 2008 cuando aumentó de forma generalizada en Europa. En 2015 la tasa de desempleo entre los mayores de 25 años se situó ligeramente por encima del 4% y por debajo del 10% entre los menores de 25 años.

La tasa de empleo temporal se ha mantenido durante todo el periodo por debajo de la media europea entre los mayores de 25 años, con tasas entorno al 8%, mientras que entre los jóvenes las tasas de empleo temporal prácticamente duplican las tasas europeas. La reforma sí parece estar asociada a un incremento de la temporalidad, especialmente en los mayores de 25 años, que creció significativamente a partir del 2004.

Gráfica 6. Desempleo y empleo temporal en Alemania (2000-2015)

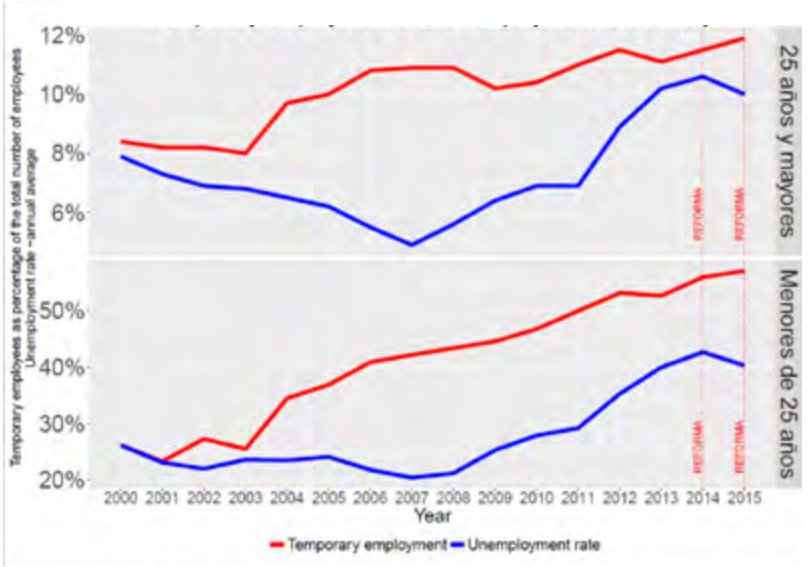


Fuente: Eurostat

En Italia las reformas son muy recientes, por lo que no es posible apreciar su efecto sobre el mercado laboral. Respecto a la evolución del desempleo desde el año 2000, este se redujo hasta el año 2007 cuando se situó en el 5%. En el año 2008 comenzó a aumentar de forma importante hasta situarse en 10% en 2015 entre los mayores de 25 años y en el 40% entre los menores de 25 años.

El empleo temporal se situó en 2015 en el 12% entre los mayores de 25 años y por encima del 55% entre los menores de 25 años, tras una década de importante crecimiento.

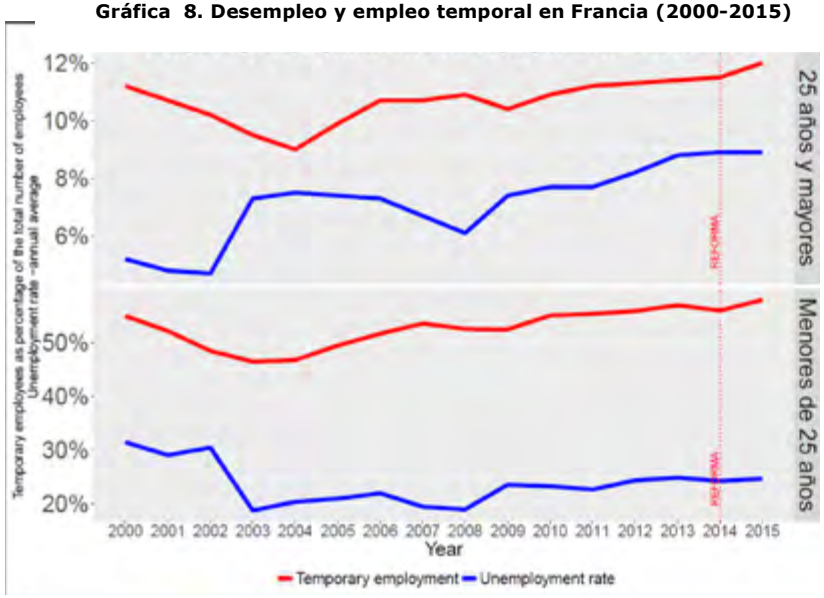
Gráfica 7. Desempleo y empleo temporal en Italia (2000-2015)



Fuente: Eurostat

En Francia la reforma laboral que analizamos data del año 2014, cuando se alcanzaron cifras de desempleo de los mayores de 25 años del 9%, mientras que en el año 2000 eran del 5%, y del 25% entre los menores de 25 años. Entre los jóvenes el paro se ha reducido en el periodo analizado, ya que partía de tasas por encima del 30%. La temporalidad en este colectivo roza el 60%, y el 12% entre los mayores de 25 años en 2015, la tasa más alta del periodo analizado.

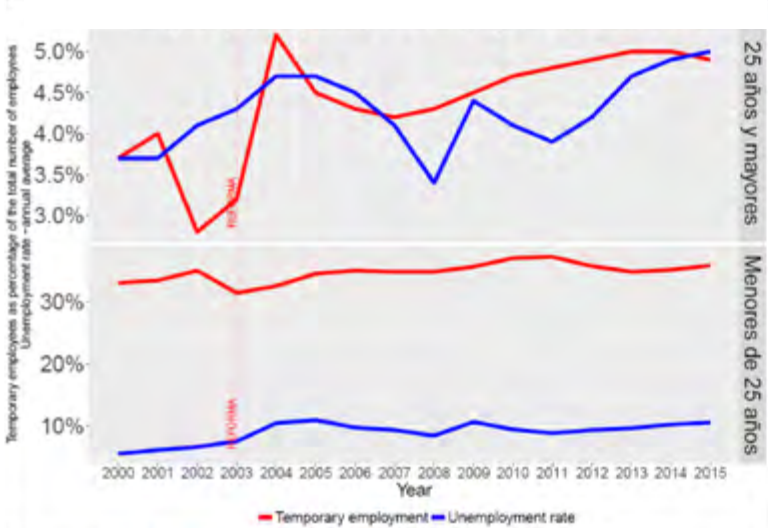
Gráfica 8. Desempleo y empleo temporal en Francia (2000-2015)



Fuente: Eurostat

En Austria la reforma llevada a cabo en el año 2003 tuvo un claro impacto en el mercado laboral, aumentando de forma importante la temporalidad, que se duplicó entre el año 2002 y el año 2004, cuando alcanzó el 5,5%. Entre los menores de 25 años la tasa de temporalidad se ha mantenido, sin embargo, bastante estable durante todo el periodo, con tasas cercanas al 35%. El desempleo entre los menos de 25 años también se ha mantenido bastante estable en el entorno del 10%. Entre los mayores de 25 años la tasa ha oscilado entre el 3,2% y el 5%.

Gráfica 9. Desempleo y empleo temporal en Austria (2000-2015)

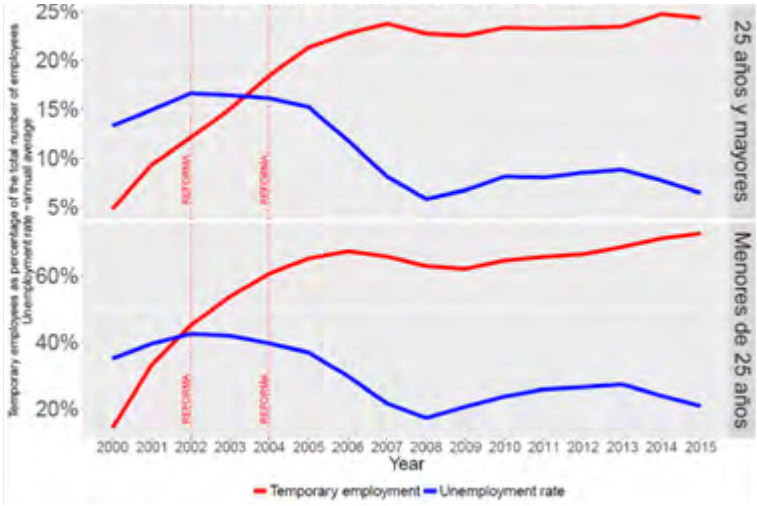


Fuente: Eurostat

En Polonia la reforma del año 2002 y, especialmente, la del año 2004 parecen tener un efecto importante en las dos variables que estamos analizando. Por un lado el paro se redujo significativamente, tanto entre los mayores de 25 años como entre los menores, y, paralelamente, creció la temporalidad de forma importante hasta multiplicarse por cinco.

La Gráfica 10 muestra la evolución de las tasas de desempleo y temporalidad en Polonia entre los años 2000 y 2015.

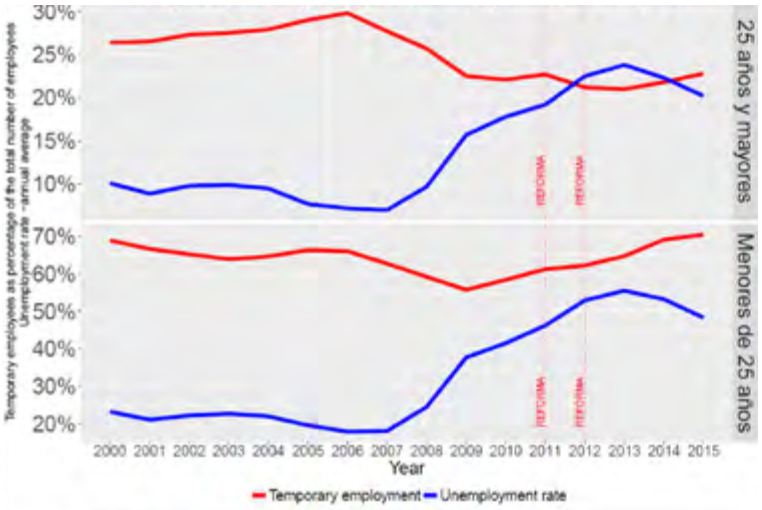
Gráfica 10. Desempleo y empleo temporal en Polonia (2000-2015)



Fuente: Eurostat

Por último, la gráfica 11 muestra la evolución del mercado laboral en España. España cuenta con una de las tasas de desempleo entre los mayores de 25 años más alta de la Unión Europea. En el año 2015 esta se situó en 20%, tasa similar a la de temporalidad. La temporalidad decreció según aumentaba la tasa de desempleo porque los trabajadores que perdían el trabajo eran en su mayor parte temporales. Las reformas parece que aceleraron esa tendencia. Entre los menores de 25 años la tasa se situó ligeramente por debajo del 50% y la temporalidad el 70%. La temporalidad se sitúa en tasas similares a las del año 2000, pero la tasa de desempleo duplica los datos de ese año. En el caso de los menores de 25 años la temporalidad siguió creciendo a la par que el paro.

Gráfica 11. Desempleo y empleo temporal en España (2000-2015)



Fuente: Eurostat

2.2.- La Flexiseguridad laboral como solución a los desequilibrios del mercado de trabajo.

2.2.1. Precedentes y formulación del concepto.

La idea sobre la que se basa la *flexilseguridad* reside en reforzar la conexión y la coordinación entre políticas activas y pasivas para, de un lado, incrementar la reinserción de los trabajadores en el mercado laboral (inclusividad) y de otro, obligarlos a participar en las acciones de políticas activas de empleo y de búsqueda del mismo (dinamicidad). Se trata de un concepto, progresivamente dirigido tanto a hacer más productivos los costes de Seguridad Social, como a evitar la prolongación del estado de absoluta inactividad de los beneficiarios, que provoca siempre mayores dificultades de reingreso al trabajo. Se pretende pues, presentar una propuesta eficiente para conciliar las necesidades de generación de empleo y aumento de productividad con una protección flexible del trabajo.

Siguiendo a JASPERS[1], el término inglés *flexisecurity* fue acuñado por el sociólogo holandés ADRIAANSENS para proponer una política que integrara la idea de flexibilidad, dominante en las propuestas de reformas laborales de los años ochenta, con la garantía de una mayor seguridad para los trabajadores afectados por ellas, el aumento de empleos temporales y la reducción de la protección del despido, no como seguridad en el puesto de trabajo sino como seguridad en el empleo, facilitada por un sistema de protección social más flexible y por una política de empleo más proactiva.

El concepto surgió en la política de empleo del gobierno danés, en un memorando del ministro de Asuntos Sociales y Empleo, AD MELKERT, donde se presentaba su opinión sobre el necesario equilibrio entre flexibilidad y seguridad. Ante la constatación de grupos sensibles a las políticas *flexibilizadoras* (mujeres y minorías étnicas, entre otros), la combinación de flexibilidad y seguridad era presentada como una redistribución de los derechos a subsidios entre los que tienen y los que no tienen.

Se buscaba reparar la reducción de la seguridad del puesto de trabajo con el incremento de las oportunidades de empleo y la mejora de la protección social, reduciendo las consecuencias dramáticas de la pérdida de un concreto puesto de trabajo.

[1]JASPERS, Teun. "Flexiseguridad, ¿es la respuesta acertada a la modernización del Derecho del Trabajo?: Una perspectiva holandesa". En: LANDA, Juan Pablo (coordinador). "Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica". Albacete: Bomarzo. 2009. p. 90.

Será, sin embargo –como recuerdan OJEDA VALDÉS Y GUTIERREZ PÉREZ-, el holandés TOM WILTHAGEN el que ensayará por primera vez una teoría de la *flexiseguridad*, concibiéndola como una "estrategia política que persigue, de manera sincronizada y deliberada, fortalecer, de un lado, la flexibilidad en el mercado de trabajo, la organización del trabajo y las relaciones laborales y, de otro, la seguridad, tanto en el ámbito del empleo cuanto en el de la protección social, a favor de los trabajadores, señaladamente de los trabajadores pertenecientes a grupos vulnerables dentro y fuera del mercado". Posteriormente, se puso de manifiesto la necesidad de que la implantación de estos mecanismos se adecue a las peculiaridades internas de cada uno de los Estados donde se pretenden introducir.

Siguiendo a OJEDA VALDÉS Y GUTIERREZ PÉREZ[2], en la flexiseguridad –como su propio nombre indica- existen dos elementos la flexibilidad y la seguridad. La primera tiene dos dimensiones:

a) De una parte, la flexibilidad externa, que alude a la capacidad de la empresa para realizar contrataciones y despidos, así como para organizar su proceso productivo acudiendo a los servicios de otras empresas; por lo general, empresas de trabajo temporal. Igualmente, forma parte de la flexibilidad externa la descentralización del proceso productivo mediante el recurso a las contratas y subcontratas o, en su caso, a los trabajadores autónomos

b) Por otra, la flexibilidad interna, que se refiere a la capacidad empresarial de modificar las condiciones de empleo y la organización del trabajo dentro de su propia empresa y que, por tanto, está vinculada a los elementos que definen tanto las condiciones de los trabajadores cuanto los poderes del empresario con vistas a su modificación. Concretamente, influyen en la flexibilidad interna instituciones como la movilidad funcional, el encuadramiento profesional, la movilidad geográfica, el sistema de modificación de las diferentes condiciones de trabajo o los sistemas de trabajo y rendimiento.

En cuanto a la noción de seguridad, estos autores diferencian cuatro grandes modalidades: a) la seguridad en el puesto de trabajo (*jobsecurity*), entendida como la certeza de permanencia en un concreto empleo con un concreto empresario; b) la seguridad en el empleo o empleabilidad (*employmentsecurity*), configurada como la certidumbre de mantenerse activo en el mercado de trabajo, aunque sea con distinto empresario o en diferentes puestos de trabajo; c) la seguridad de ingresos mínimos (*incomesecurity*), que equivale a la protección de rentas en caso de cese en el trabajo por cualquier causa, ya sea por despido, invalidez, jubilación o cualquier otra causa extintiva de la relación laboral; y d) el (*combinationsecurity)*, o seguridad derivada de las oportunidades que se ofrecen a los trabajadores de compatibilizar un trabajo retribuido con

[2] OJEDA VALDÉS, Antonio y GUTIERREZ PÉREZ, Miguel: "La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: revisión crítica" THĒMIS-Revista de Derecho 65. 2014. pp. 41-51

responsabilidades familiares (cuidado de hijos o personas dependientes) o personales (por ejemplo, asistencia a períodos de formación).

2.2.2 Recepción de la noción de flexiseguridad en el ámbito europeo y comunitario.-

En el ámbito europeo, y tras algunos precedentes como la reforma holandesa de 1999, esta tendencia ya se deja ver en 2003, cuando en su informe al Consejo Europeo, el Grupo Europeo de Empleo, presidido por WimKok, observó que podría surgir un mercado de trabajo de dos velocidades entre los trabajadores "integrados" (*insiders*), con un empleo permanente y los "excluidos" (*outsiders*), especialmente los desempleados, las personas desligadas del mercado de trabajo y las que cuentan con situaciones laborales precarias e informales. Estos últimos ocupan una «zona gris» con derechos fundamentales de los trabajadores o de protección social que pueden ser muy escasos, y que genera una situación de inseguridad en lo relativo a las perspectivas futuras de empleo, e incide en decisiones fundamentales en su vida privada, tales como disponer de una vivienda, fundar una familia, etc.

En su Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones avanzando medidas para el año 2004 se asumió ese enfoque señalando como punto de partida que"...el mensaje fundamental del informe es que la creación de empleo depende de cuatro condiciones fundamentales, a saber, mayor adaptabilidad, atraer a más personas al mercado de trabajo, invertir más y de manera más eficaz en capital humano y garantizar la aplicación efectiva de las reformas a través de una mejor gobernanza".

En 2006 fue cuando se dio inicio formal al debate actual sobre este tema con la presentación de un Libro Verde en noviembre de ese mismo año donde ya propugnaba el modelo de flexiseguridad, al afirmar que *"La adopción de un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida puede suponer que se preste menor importancia a la protección de los empleos particulares y se otorgue mayor importancia a un marco de apoyo que garantice la seguridad del empleo, incluida una ayuda social y medidas activas de apoyo a los trabajadores durante los períodos de transición".*

En dicho documento se recogen como precedentes de este cambio de paradigma la Ley neerlandesa sobre flexibilidad y seguridad de 1999, la Ley austriaca sobre las indemnizaciones por despido (*Abfertigungsrecht*) de 2002 y la reforma laboral en Dinamarca al combinar una legislación de protección del empleo "más ligera" (donde la indemnización máxima a favor del trabajador no supera las 52 semanas de salario), con una intensificación de las medidas activas del mercado de trabajo, una inversión considerable en la formación y unos subsidios de desempleo generosos supeditada a condiciones estrictas.

En junio de 2007, la Comisión aprobó un Informe sobre flexiseguridad y, en diciembre del mismo año, se creó la Comisión de Flexiseguridad, cuyo

objetivo era, entre otros, analizar la forma en la que este modelo se está implantando en los diferentes países miembros de la Unión Europea.

El Parlamento Europeo, en su Resolución de 15 de noviembre de 2007 aprobando un informe sobre los principios comunes de la Flexiseguridad donde se afirmaba entre otras cuestiones –y recogemos su cita literalmente- que:

> *"2.- Apoya con firmeza la conclusión de que la flexibilidad puede redundar en interés tanto del trabajador como del empleador, y de que ello puede conseguirse mediante una mayor diversidad contractual o una mayor flexibilidad en los contratos de duración indeterminada"*;
>
> (…)
>
> *5.- (…) subraya la necesidad de tener en cuenta la naturaleza específica de las empresas unipersonales, las microempresas y las pequeñas empresas de producción de bienes y servicios en las estrategias a escala nacional y europea (…);*
>
> *7.- Considera que las estrategias de flexiseguridad deben facilitar la contratación y permitir dar respuesta rápidamente a las circunstancias cambiantes de la economía y que deben tratar estos problemas mediante un diálogo transparente con los interlocutores sociales y otras partes interesadas, de conformidad con las prácticas y usos nacionales y con fundamento en una evaluación de impacto, de forma que la flexibilidad y la seguridad se refuercen recíprocamente;*
>
> *8.- (…)la Comisión debe basarse igualmente en indicadores sobre inversión en las capacidades de las personas, sobre la precariedad y la inseguridad de los puestos de trabajo y los contratos y sobre la transición de los contratos atípicos a los permanentes, con el fin de verificar la efectividad de las políticas de empleo;*
>
> *(…)*
>
> *10.- Considera, no obstante, que los principales problemas objeto de preocupación en la Unión Europea se refieren a la dotación de trabajadores cualificados y capaces de adaptarse en empresas competitivas e innovadoras; subraya que debe darse prioridad a la creación de un mercado laboral flexible elevando los niveles educativos y ampliando las posibilidades de aprendizaje y los programas de formación y de actualización de conocimientos; aplicando políticas efectivas contra la discriminación y eliminando las barreras a la integración en la población activa de las mujeres, los emigrantes, los trabajadores de mayor edad o los más jóvenes y otros grupos objeto de discriminación; suprimiendo los obstáculos a la movilidad ocupacional y geográfica; y aplicando políticas activas del mercado laboral que faciliten la transición desde un antiguo puesto de trabajo a otro nuevo; subraya el papel decisivo de las nuevas tecnologías en la educación y la formación y recuerda las nuevas formas de flexibilidad que ofrece el acuerdo de los interlocutores sociales sobre el teletrabajo, el trabajo a tiempo parcial*

y los contratos de duración determinada; disiente respecto a la distinción que hace la Comisión entre «los que están dentro» y «los que están fuera»;

(…)

14.- Observa que la flexiseguridad debe apoyar y poner en práctica la igualdad de género potenciando la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso a empleos de calidad y ofreciendo posibilidades de conciliar la vida laboral y la vida familiar.

15.- Propone, por consiguiente, que el Consejo Europeo de diciembre de 2007 adopte una serie de principios de flexiseguridad comunes y más equilibrados, basados en la creación de empleo de calidad y en el fortalecimiento del Modelo Social Europeo; subraya que dichos principios deben incluir:

- *Una acción a favor de disposiciones contractuales adaptables y fiables y contra las prácticas laborales abusivas, especialmente en determinados contratos atípicos;*
- *La supresión de la segmentación del mercado laboral mediante el fomento de la seguridad del puesto de trabajo y la mejora de la seguridad del empleo; todos los trabajadores deben gozar de un núcleo de derechos con independencia de su estatuto profesional;*
- *La reconciliación del trabajo con la vida familiar y el fomento del concepto de «trabajo digno»;*
- *La asociación entre las administraciones a escala local, regional y nacional y los interlocutores sociales y la sociedad civil para la gestión del cambio*
- *La igualdad de género y el fomento de la igualdad de oportunidades para todos;*
- *El diseño y la elaboración de itinerarios nacionales mediante consulta con los interlocutores sociales, de acuerdo con las prácticas y usos nacionales;*
- *La mejora de la adaptabilidad de las empresas y los trabajadores mediante el refuerzo de la seguridad en la transición;*
- *La necesidad de contar con una fuerza de trabajo cualificada y capaz de adaptarse combinando así las políticas activas del mercado laboral con la inversión en el aprendizaje permanente para mejorar la empleabilidad;*
- *Un marco macroeconómico para un crecimiento equilibrado y sostenible y más y mejores puestos de trabajo;*

(…)

21.- Recuerda que no existe un planteamiento único para la flexiseguridad y que cada Estado miembro debe componer los elementos de su concepto de flexiseguridad sobre la base de su propia situación y de sus tradiciones nacionales en el marco de los principios comunes;

22.- Subraya que todos los modelos de flexiseguridad deben basarse en los principios comunes que sustentan el Modelo Social Europeo; considera que los requisitos de la flexibilidad y de la seguridad se refuerzan mutuamente y que la flexiseguridad permite a las empresas y a los trabajadores adaptarse adecuadamente al nuevo marco internacional, caracterizado por una fuerte competencia procedente de economías emergentes, manteniendo un elevado nivel de protección social, seguridad social y prestaciones por desempleo, protección de la salud y de la seguridad, políticas activas del mercado laboral y oportunidades de formación/aprendizaje permanente, sí como un derecho laboral moderno y transparente (…)

27.- Subraya la necesidad de introducir políticas que eviten y acompañen la acumulación repetida de contratos atípicos

(…)

31.- Recuerda que, habida cuenta de esta relación, los trabajadores subcontratados, polivalentes, sin experiencia y los temporales son trabajadores con una flexibilidad de elevado riesgo, como demuestra su alto índice de siniestralidad;"

El último paso en el proceso de institucionalización de este debate se dio el 13 de diciembre de 2007, cuando en el Tratado de Lisboa se hace una mención expresa de la flexiseguridad. Según se recoge en este Tratado, "la flexiseguridad reforzará la Estrategia Europea para el Empleo, permitirá crear más y mejores puestos de trabajo y, además, promoverá la renovación del mercado laboral y la creación de empleo de calidad, en un contexto de flexibilidad y seguridad. Gracias a esto, se conseguirá una mejor adecuación laboral, más empleo y mayor cohesión social" (Consejo Europeo, 2007).

Sobre estas premisas se han ido introduciendo de forma paulatina reformas en las legislaciones europeas que se articulan tanto desde el punto de vista del reforzamiento y rediseño de las políticas activas de fomento del empleo, como en relación con la flexibilización de las relaciones laborales tanto desde el punto de vista de la negociación colectiva, como -y esta es la parte que nos interesa al objeto de este estudio- desde el punto de vista de la relación bilateral singularmente considerada resultante del contrato de trabajo.

El documento aprobado por la Comisión, Europa 2020, aprobado el 3 de noviembre de 2010 pretende promover "el crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Su objetivo es mejorar la competitividad de la UE, manteniendo, a la vez, su modelo de economía social de mercado y mejorando considerablemente el uso efectivo de sus recursos"

2.2.3.- Recepción del concepto de flexiseguridad por la doctrina jurídica.-

Si bien desde un punto de vista económico, este concepto se ha asumido como un instrumento útil para evitar que Europa pierda su relevancia económica en el mundo, un sector de la doctrina laboralista europea[3] ve con desconfianza este paso desde la seguridad del puesto de trabajo *(jobprotection)* a una seguridad que se basa, en cambio, en el concepto de empleabilidad *(employability)* y de capacidad para desarrollar un determinado trabajo *(workability).*

Desde una dimensión estrictamente conceptual, la doctrina maneja dos grandes definiciones: La flexiseguridad es, de un lado y en lo esencial, una herramienta o, si se quiere, un complejo instrumental de ordenación del empleo, susceptible de expresarse a través de muy variadas acciones. Pero de otro, la flexiseguridad también puede entenderse como un nuevo paradigma del marco regulador del mercado de trabajo; de un modelo que altera, enjuiciado este fenómeno desde la óptica del modelo clásico de protección, los elementos que estructuran los sistemas de seguridad en el puesto de trabajo.

Para los defensores del nuevo concepto, el resultado final será una situación de equilibrio donde la menor seguridad en un puesto de trabajo concreto será compensada con más y mejores oportunidad de empleo, pasando de un puesto de trabajo a otro, y con una mayor protección en materia de Seguridad Social para los trabajadores. Sin embargo, desde un punto de vista crítico se hace énfasis en la ambigüedad intrínseca al significado de la flexiseguridad, planteándose por ello enormes dificultades a la hora de discernir el mismo (OJEDA VALDÉS Y GUTIERREZ PÉREZ). Para estos autores, en realidad, "más que de un equilibrio entre dos términos opuestos, se trata de un desequilibrio que tiende a debilitar la tutela sobre el puesto de trabajo y a aumentar el riesgo de extinción de los contratos que sufren los trabajadores, que estarán más expuestos al despido, a cambio de las incertidumbres generadas por políticas activas demasiado poco eficaces" (ANTONELLO OLIVIERI)**.**

En cualquier caso, el cambio de modelo supone una alteración de los presupuestos sobre los que se basa la construcción del esquema de protección: En primer lugar, pues cambian los titulares o beneficiarios de

[3]MORENEO PÉREZ, José Luis y LÓPERZ INSÚA, Belén del Mar"'La garantía internacional a un trabajo decente"; Revista Española de Derecho del Trabajo 177/2015, parte Estudios; Ed. Aranzadi; VALDES DAL-RE y LAHERA FORTEZA, Jesús: "La flexiseguridad laboral en España" Documento de Trabajo, Fundación Alternativas 2010; ANTONELLO OLIVIERI: "La reformulación del estado del bienestar en Italia: un breve análisis de las recientes reformas laborales" Revista Aranzadi Doctrinal, 9/2015, parte Estudio; OJEDA VALDÉS, Antonio y GUTIERREZ PÉREZ, Miguel: "La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: Revisión Crítica" en Themis 65 Revista de Derecho, pags. 41 a 51; VALERIO SPEZIALI; "La nueva regulación en Italia del contrato indefinido de tutela creciente, entre el derecho y economicismo y los imperativos constitucionales" en Revista Temas Laborales, nº 131/2015, pags. 13 a 64; M. DE VOS, "European Flexicurity and Globalisation: A Critical Perspective", International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 25, nº 3, 2009, pags. 209–235, entre otros.

los sistemas, que ya no se identifican primordialmente con los trabajadores, con cada trabajador, sino que lo hacen ahora con el empleo (o, si se prefiere, con la totalidad de los trabajadores) como categoría general e indeterminada que afecta al conjunto de oportunidades generadas por el mercado. En segundo lugar, también muda la identidad de los responsables principales, que no son los empresarios, sino ante todo los poderes públicos, aun cuando en ocasiones y para el disfrute de determinados beneficios también se responsabiliza a los propios trabajadores. En tercer lugar, varía el escenario donde se organizan y gestionan los sistemas de protección, que no es la relación laboral, sino el mercado. Finalmente, y como no podía ser de otro modo, se transforma de manera intensa el contenido de la seguridad misma, que, una vez desplazada del contrato al mercado, pretende garantizar, no el puesto de trabajo de cada trabajador, sino el conjunto de empleos generados por el mercado mismo[4].

Para los escépticos, incluso cuando estas políticas han tenido éxito, la flexiseguridad no se ha alcanzado por una deliberada estrategia política, sino a través de un gradual proceso de luchas políticas y compromisos en los que ha existido un elemento determinante que es el propio desarrollo histórico. Cuando se ha producido, un factor fundamental para su éxito ha sido la cooperación entre el gobierno y los interlocutores sociales, además de una regulación liberal del despido, una alta protección por desempleo y un buen funcionamiento de la política activa del empleo. Tanto en Dinamarca como los Países Bajos la política socioeconómica del gobierno es decidida con, y apoyada por, empresarios y sindicatos. Pero esta aplicación exitosa de estas políticas no excluye la posibilidad de efectos secundarios, como la aparición dentro de los trabajadores de colectivos que resultan más beneficiados respecto de otros[5]

En definitiva, debemos de ser conscientes de que nos encontramos ante un concepto que, en tanto en cuanto afecta a intereses en conflicto, siempre va a ser recibido con desconfianza por unos u otros. Así, un sector de los trabajadores y sus representantes, en un primer momento, podrán sentirse amenazados por medidas de flexibilidad en el empleo y se resistirán a los posibles cambios. Para otros sectores, ante las medidas tendentes al incremento del esfuerzo fiscal que exige unas políticas activas y una protección ante el desempleo más intensa, se considerarán agraviados y se opondrán a su implicación.

Incluso dentro de cada sector existen distintos intereses, agravados incluso por sesgos generacionales[6] pues, de una parte, el colectivo de trabajadores

[4] VIDAL, Álvaro: "El debate europeo sobre la flexiseguridad: algunas lecciones para el sur" Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Perú, nº 68/2012, pags. 403-434.

[5] En este sentido, VAN VLIET, Olaf y NIJBOER, Henk: "Flexicurity in the European Union: Flexibility for Outsiders, Security for Insiders", Documento presentado en la "2ª Conference of the Active Social Policies European Network and the European Trade Union Institute"

[6] Efectivamente, como puede apreciarse en las gráficas que acompañan este trabajo, la temporalidad en el empleo afecta fundamentalmente a los trabajadores

indefinidos tenderán a oponerse a las medidas que, si bien pueden favorecer el crecimiento del empleo y el fin de la temporalidad, minoren las garantías y ventajas de su actual posición. Del mismo modo, los intereses de los grandes empresarios no necesariamente coinciden con la pequeña y mediana empresa, ni los de éstos con los cada vez más frecuentes "microempresarios" pues la existencia de unos determinados costes laborales, o potenciales costes en caso de despido actúan como una dificultad al crecimiento empresarial que tiende a favorecer a las empresas de mayor tamaño.

Encontrar el adecuado equilibrio no solo entre todos estos intereses contrapuestos, sino también con el objetivo de mejora de la competitividad de la economía española y europea en el mundo, es el auténtico objetivo que debe perseguirse a la hora de planificar y consensuar nuevas reformas en esta dirección.

2.2.4. La necesaria compatibilidad entre los conceptos de flexiseguridad y trabajo decente.

Para que una reforma profunda en el mercado de trabajo produzca a largo plazo los efectos deseados debe mantenerse en el tiempo y, para ello, es imprescindible que sea aceptada socialmente. Esa necesaria aceptación debe basarse en un equilibrio entre los beneficios y los sacrificios que supone. Por ello, las medidas a introducir no deberían comportar la consolidación de la figura de los denominados "trabajadores pobres", ni permitir que se altere el equilibrio de fuerzas que impide, hoy en día, que se institucionalicen situaciones de explotación laboral en el ámbito europeo. En este sentido es importante no peder de vista el concepto de "trabajo decente".

Siguiendo a GIL y GIL, la expresión trabajo decente aparece por primera vez en 1999, en la memoria presentada de ese título a la Conferencia Internacional del Trabajo. El concepto ha ido arraigando y ha obtenido el respaldo de la Naciones Unidas. Desde 2005, una de las metas de los Objetivos de Desarrollo del Milenio es "lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, incluidos las mujeres y los jóvenes". El Pacto Mundial para el Empleo, de 2009, lo auspicia como respuesta ante la crisis financiera y económica. Aunque las referencias a las condiciones de trabajo decentes, o al empleo o al trabajo decente, no tienen siempre un alcance jurídico preciso, el concepto se emplea cada vez con más frecuencia, en diversos documentos de la OIT.

El trabajo decente se conforma como un concepto ético-jurídico. El fundamento del trabajo decente es la dignidad del trabajador en cuanto persona. En los documentos de la OIT, se reconoce que, "en todas partes, y para todos, el trabajo decente es un medio para garantizar la dignidad

menores de 25 años, mientras que la pérdida de la expectativa de derecho una indemnización más cuantiosa en caso de despido, afecta a principalmente a trabajadores veteranos con mucha antigüedad en una misma empresa.

humana" y básicamente, puede reducirse al derecho del trabajador a tener unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (MORENEO PÉREZ y LÓPEZ INSÚA[7]).

La OIT destaca que el trabajo decente es una fuente de dignidad, satisfacción y realización para los trabajadores. El trabajo decente debe ser satisfactorio para la persona que lo realiza, es decir, debe promover el desarrollo personal y contribuir al bienestar de la sociedad, así como al bienestar de su familia. Una sociedad comprometida con la promoción del trabajo decente es aquella en que la gente vive en condiciones de seguridad económica básica y de igualdad de buenas oportunidades para desarrollarse y aplicar sus competencias en condiciones de seguridad, con una amplia gama de derechos económicos, sociales y culturales. Destinado a ofrecer una visión sintética y consensual, el concepto de trabajo decente supone una irrupción de la ética en el trabajo. Desde este punto de vista, la promoción del trabajo decente constituye una idea central que rige la actividad de la OIT. La Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, consagra el trabajo decente en el apartado I, que lleva por título "Alcance y principios". De igual modo, el carácter principal de la protección del trabajo decente comienza a aparecer en los preceptos de algunos Convenios de la OIT[8].

Para un sector de la doctrina, el "trabajo decente" se contrapone al denominado "trabajo precario", pues entienden que "la precariedad laboral supone una contradicción con los rasgos identificadores propios de un trabajo de calidad, y respetuoso con los valores de dignidad, salud y seguridad del trabajador, tanto dentro como fuera del lugar de trabajo"[9].

El marco regulador internacional y europeo tienden hacia la consecución de ese punto de equilibrio y las políticas que hayan de aprobarse en esta dirección no deberían perder nunca ese enfoque[10].

A la hora de planificar medidas de flexiseguridad es preciso tener en cuenta este enfoque previendo sus posibles consecuencias. En el presente trabajo, por razones metodológicas, y sin desconocer la importancia que tienen otros aspectos, vamos a centrarnos a valorar algunos elementos de la flexiseguridad que están relacionados con la estabilidad del trabajador en el puesto de trabajo.

[7] MORENEO PÉREZ, José Luis y LÓPERZ INSÚA, Belén del Mar": Ob. Cit. pag. 6.

[8] GIL Y GIL, José Luis: "Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible, en Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 11/2014 BIB 2014/118.

[9] MORENEO PÉREZ, José Luis y LÓPERZ INSÚA, Belén del Mar": Ob. Cit.

[10] Sobre la incidencia de la implantación de medidas de flexiseguridad en la evolución del mercado de trabajo ver: MYANT, Martin y otros, "Unemployment, internal devaluation and labour market deregulation in Europe" Ed. European Trade Union Institute, Bruselas 2016

3.- MARCO REGULATORIO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO.

3.1.- La protección por terminación del trabajo en la Organización Internacional del Trabajo, OIT.

La preocupación por generalizar entre sus países miembros unos mecanismos de protección de los trabajadores en caso de terminación del contrato por desistimiento del empresario culminó con la aprobación del Convenio 158/1982 sobre la protección por terminación del trabajo.

Entre sus previsiones destaca la consagración del principio de causalidad en el despido (art. 4º), al preverse que *"No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio".*

Asimismo, se destaca el derecho del trabajador *"que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo"* a poder reclamar dicha actuación empresarial ante un organismo neutral *"como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro".* (art. 8)

Estos organismos neutrales *"estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada*" (art. 9.1) y "*para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales"* (art.9.2.b); recayendo en el empleador la carga de la prueba de la existencia de la mencionada causa justificada que deberá estar *"relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio"* (art. 4º).

El convenio determina algunas circunstancias que en ningún supuesto pueden considerarse justificadas como son: *"a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticos, la ascendencia nacional o el origen social; e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad".*(art. 5)

En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los citados organismos *"estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones*" y *"si llegaran a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es*

injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada. (art. 10). Esta indemnización no tendrá lugar cuando el despido se haya debido a la comisión de una falta grave del trabajador (art. 12.3).

El convenio prevé que además de la existencia de prestaciones de desempleo incluidas en el sistema de seguridad social, el trabajador pueda tener derecho también a *"a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijara en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores* (art. 12.1.A)

El Convenio, sin embargo, permite que los Estados parte puedan excluir de la aplicación de todo o parte de las garantías previstas en este Convenio a determinadas categorías de trabajadores como: a) los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea; b) los trabajadores que efectúen un periodo de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable; y c) los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un periodo de corta duración (art. 2); pero al mismo tiempo exige garantizar que *"el recurso a contratos de trabajo de duración determinada, cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente convenio*. Del mismo modo, y previa consulta con los interlocutores sociales, cabe la posibilidad de realizar determinadas exclusiones de categorías limitadas de trabajadores por la especialidad singular de sus relaciones laborales o por la dimensión o naturaleza de las empresas (art. 2).

Sobre estas premisas se ha venido construyendo la protección en caso de desistimiento unilateral del empresario en la mayoría de los países de nuestro entorno, si bien lo cierto es que, según se desprende de la página web de la OIT, aunque lo han ratificado países europeos como Francia, España o Portugal, muchos otros aún no consta que lo han ratificado, por lo que si bien para los primeros constituye parte de su ordenamiento jurídico interno, para el resto firmar el instrumento no establece una obligación jurídicamente vinculante, pero es una indicación de que el país tiene intención de someter el tratado a un análisis nacional y tomar en consideración su ratificación. Aún así, aunque la firma no obliga al país a avanzar hacia la ratificación, si establece la obligación del Estado de abstenerse de cualquier acto que ponga en peligro los objetivos y el propósito del tratado, o de tomar medidas que lo debiliten.

3.2.- La Carta Social Europea.-

Los Estados miembros del Consejo de Europa adoptaron en 1961 la Carta Social Europea (CSE) o Carta de Turín, el segundo gran instrumento de

derechos humanos de esta organización internacional después del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 1950). Contenía inicialmente una lista de 19 derechos sociales en el ámbito principalmente laboral y de la salud. En 1988 se adoptó un Protocolo adicional con cuatro nuevos derechos y en 1996 adoptó un nuevo texto, denominado Carta Social Europea (revisada), aprobado en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, donde se amplían a treinta y uno los derechos sociales reconocidos.

El texto de 1961 fue ratificado por España en junio de 1980 (BOE, núm.153, de 26 de junio, 192, de 11 de agosto) y el protocolo de 5 de noviembre de 1988 el 25 de abril de 2000 (BOE núm. 99, de 25 de abril de 2000), aceptando la totalidad de los derechos reconocidos tanto en la versión de 1961 como en el protocolo de 1988 mas declarando que interpretará y aplicará los artículos 5 (derecho sindical) y 6 (derecho de negociación colectiva), en relación con el artículo 31 (restricciones) y el anexo de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución Española. Sin embargo, según la tabla contenida en la página web del Consejo de Europa, a fecha 17 de marzo de 2015, aún no se ha ratificado la versión revisada de 1996.

La protección en caso de despido es uno de los derechos recogidos en la versión revisada de dicho instrumento, concretamente en el artículo 24 donde de una manera algo más genérica que en el Convenio 158/1982 OIT arriba examinado, se establece que:

"Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:

> *a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio;*
>
> *b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.*

A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial".

El Anexo I de la Carta matiza el precepto transcrito, por una parte definiendo lo que se considera despido a los efectos del presente artículo, como la *"terminación de la relación laboral a iniciativa del empleador".*

Además, también adapta el sentido del precepto a lo previsto en el del Convenio 158/82 OIT, tanto en lo que se refiere a su ámbito de aplicación al admitir que un Estado ratificante pueda excluir total o parcialmente de su protección a determinadas categorías de trabajadores por cuenta ajena, en los mismo términos previstos en el artículo segundo del mencionado Convenio; como a la hora de no considerar motivos válidos para el despido, los que también resultan excluidos en el artículo 5º de aquel, añadiendo en particular *"la ausencia temporal del trabajo debido a enfermedad o lesión".*

Finalmente concreta que la indemnización, o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas, deberá ser

fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales.

De acuerdo con las obligaciones contenidas en el artículo A), cada Estado ratificante está obligado a cumplir al menos 16 de los 31 artículos contenidos en la Carta. España, con las restricciones ya descritas ratificó los 19 derechos contenidos en la Parte II de la versiones de 1961 y 1988.

3.3.- El Derecho de la Unión Europea.-

2.3.1 Marco regulatorio general.-

En el ámbito del derecho de la Unión Europea, el derecho a la protección en caso de despido injustificado, está reconocido en el artículo 30 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, donde se expresa que *"Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales*".

Por otra parte, el art. 151.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, manifiesta de manera programática, que la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales establecidos en los tratados internacionales, tendrán como objetivo *"el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones*"; pero debiendo también tener en cuenta que las acciones que se emprendan para ello tendrán en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión.

En cualquier caso, a los efectos de nuestro estudio, el artículo 153.1.d) prevé que la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en cuanto a la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral.

En el ámbito europeo la labor legislativa, plasmada a través de Directivas, se ha desarrollado sobre los principios de igualdad de trato en el empleo y la ocupación; libre circulación de trabajadores; seguridad y salud en el trabajo; tiempo de trabajo; desplazamientos de trabajadores; transmisión, crisis, reestructuración e insolvencia de empresas[11]; obligaciones del empresario en materia de información al trabajador de las condiciones del trabajo; y la que tiene por objeto aplicar acuerdos colectivos adoptados en

[11] Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre de 2008, del Consejo, de protección de los trabajadores en asalariados en caso de insolvencia del empresario.

materia de permiso parental, trabajo a tiempo parcial[12] y el trabajo de duración determinada.

Este último aspecto tiene particular importancia en cuanto a lo que ahora nos ocupa y merece una especial referencia.

2.3.2.- La Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.-

A partir de el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, entre los interlocutores sociales de ámbito europeo en el ámbito de lo previsto en los Tratados constitutivos y que figura como anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, los Estados miembros deberán introducir medidas para prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y evitar de este modo la precarización de la situación de los trabajadores por cuenta ajena.

La proliferación de contratos temporales ha sido un recurso incentivado por los poderes públicos con frecuencia para promover la contratación de trabajadores en tiempos de retracción económica y del empleo, como una política alternativa a introducir medidas de flexibilidad en la contratación y despido de trabajadores. Esta realidad es reconocida por los interlocutores sociales que si bien parten de considerar que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores; asumen que los contratos de trabajo de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores.

La Directiva, tal y como se señala en su Preámbulo, tiene por objetivo establecer los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada, "*reconociendo que su aplicación detallada debe tener en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas. Ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y con el fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores*".

[12] El desarrollo de relaciones laborales basadas en trabajo a tiempo parcial y su creciente importancia en el mercado de trabajo europeo está también muy vinculada al crecimiento de medidas de flexiseguridad y encuentra su regulación marco en la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES - Anexo: Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, un estudio detenido de su regulación, situaciones en las que se produce en los diferentes estados europeos y distintos problemas que puede generar requeriría una profundidad que excede el ámbito del presente trabajo.

La Directiva define al "trabajador con contrato de duración determinada" como aquel "*con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado*" (Cláusula 3.1), sin distinguir a estos efectos entre trabajadores públicos y privados[13]; y el espíritu fundamental de la norma se refleja cuando señala que "*no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas*" (Cláusula 4.1).

Por otra parte, se prevé que la conclusión deseada de este tipo de contratos sea su conversión en relaciones laborales indefinidas, previendo que los estados miembros establezcan un número máximo de sucesivos contratos temporales entre un trabajador y un mismo empleador.

2.3.3.- La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplicando la Directiva 199/70/CE a supuestos de hecho regulados por la legislación española.-

A la hora de interpretar la transposición de esta Directiva por los diversos ordenamientos internos de los Estados miembros, el Tribunal de la Unión Europea a sentado una serie de criterios que deben tenerse en cuenta tanto a la hora de interpretar la normativa vigente como para planificar y diseñar nuevas regulaciones de futuro.

Por una parte, confirma que es preciso imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados[14]; pues se considera que "*el derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores*", mientras que los contratos de trabajo de duración determinada sólo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores en ciertas circunstancias[15].

Solo la existencia de una "razón objetiva" que debe entenderse como la concurrencia de circunstancias específicas y concretas que caracterizan una

[13] SSTJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, entre otras.

[14] SSTJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04; de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07; de 26 de enero de 2012, Kücük, C-586/10, entre otras.

[15] SSTJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04; de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13; y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13.

determinada actividad, podría justificar – y para ese contexto particular- la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada[16]. No siendo admisible a estos efectos una mera autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada[17]. Por otra parte, si bien resulta admisible la utilización de la contratación de personal para cubrir necesidades provisionales[18]la correcta interpretación de la Directiva se opone a que "*una norma nacional, (...), se aplique por las autoridades del Estado miembro de que se trate de tal manera que la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector de la sanidad pública se considera justificada por razones objetivas, en el sentido de dicha cláusula, debido a que los nombramientos se basan en disposiciones que permiten la renovación para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, siendo así que, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables*"[19].

El tratamiento de la temporalidad en España, particularmente cuando el empleador pertenece al sector público, ha sido objeto de otras sentencias relevantes por parte del TJUE, por un lado, la sentencia dictada en los asuntos acumulados C-184/15 *Florentina Martínez Andrés/Servicio Vasco de Salud* y C-197/15, *Juan Carlos Castrejana López/Ayuntamiento de Vitoria*,

[16] "Tales circunstancias pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro" (SSTJUE de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07; de 26 de enero de 2012, Kücük, C-586/10, y de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13.

[17] STJUE de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, entre otras.

[18] Un resumen de los criterios del TJUE en este punto puede verse en la serie de tres artículos de JAVIER GALÁN, Carlos: "TJUE y contratación temporal en España" en el blog ¿Hay Derecho?, septiembre de 2016.

[19]Así, en la STJUE de 14 de septiembre de 2016 , C-16/2015, respecto a los sucesivos nombramiento de personal temporal por parte de la Comunidad de Madrid, al amparo del Estatuto Marco de Personal Estatutario al servicio de las Instituciones sanitarias del sistema Nacional de Salud; el Tribunal de Justicia declara que el Derecho de la Unión se opone a una norma nacional que permite la renovación de nombramientos temporales para atender necesidades temporales en materia de personal, cuando estas necesidades son en realidad permanentes.

Dado que la normativa española no establece límites a la duración o al número de renovaciones de contratos o nombramientos de duración determinada, (puntos 2º y 3º señalados), el Tribunal de Justicia comprueba si existe una razón objetiva que se refiera a las circunstancias específicas y concretas que puedan justificar los nombramientos sucesivos de la enfermera demandante (punto 1º), reconociendo el Tribunal de Justicia que la sustitución temporal de trabajadores para atender necesidades de duración limitada puede constituir una razón objetiva. Pero considera que no es el caso dado que los nombramientos de duración determinada no pueden renovarse para desempeñar funciones permanentes y estables incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo, sin que se haya probado la razón objetiva para poder justificar concretamente la necesidad de atender necesidades provisionales y no necesidades permanentes.

y, por otro, la sentencia dictada en el asunto C-596/14, *Ana de Diego Porras/Ministerio de Defensa*). En los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, el Tribunal de Justicia precisa que las autoridades nacionales deben establecer medidas adecuadas suficientemente efectivas y disuasorias para prevenir y sancionar los abusos constatados tanto en lo que atañe a las relaciones de servicio de duración determinada regidas por el Derecho laboral como a aquellas regidas por el Derecho administrativo.

En lo tocante al asunto C-596/14, en su sentencia de 14 de septiembre de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, refiriéndose al principio de no discriminación, considera que, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, los trabajadores con contrato de duración determinada pueden llegar a ser comparables con un trabajador con contrato fijo y, en ese caso, deberían tener derecho a una indemnización por finalización de contrato del mismo modo que los trabajadores fijos.

De hecho, algunos tribunales españoles, tal y como analiza ROJO TORRECILLA[20] están comenzando a realizar una interpretación extensiva de esta sentencia equiparando la extinción de todo tipo de contratos temporales[21] con la extinción de los contratos indefinidos, y sin distinguir si

[20] ROJO TORRECILLA, Eduardo: "Según el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la indemnización de 20 días a la finalización de un contrato temporal de obra o servicio debe abonarse a los trabajadores del sector privado. Nota breve a la sentencia de 18 de octubre de 2016 (Rec. 1" Blog de Eduardo Rojo. 28 de octubre de 2016.

[21] En este sentido, dos SSTSJ del País Vasco, ambas de 18 de octubre de 2016. En la primera, en un caso en el que también resultaba afectado un trabajador del sector público, se iguala el despido de trabajadores fijos y temporales y eleva la indemnización de un contrato temporal, declarando aplicable la sentencia dictada por el TJUE en el asunto C-596/14 a un supuesto de finalización de contrato formalizado para obra o servicio determinado (en concreto, un proyecto de investigación de los previstos en la Ley 14/2011), y resuelve que la indemnización a percibir por la trabajadora cuyo contrato se extinguió, y cuya conformidad a derecho no es cuestionada por la Sala, es de 20 días de salario por año de servicio, es decir la misma que corresponde a un trabajador con contrato indefinido. Para llegar a la conclusión de que se trata de una situación comparable que genera una discriminación, repasa las tareas, funciones y servicios desarrolladas en el hospital desde que fue contratada y hasta su finalización, poniendo de manifiesto el período de tiempo durante el que estuvo contratada, tres años y siete meses, su categoría profesional y su formación para llevar a cabo la actividad contratada, entendiendo que se cumplirían los requisitos requeridos por la cláusula 3.2 del acuerdo marco, ya que los trabajadores con contrato indefinido realizaban la misma actividad.

En la segunda, trascendiendo el ámbito del sector público, establece una indemnización de 20 días a la finalización de un contrato por obra o servicio determinado en una empresa privada que, en este caso concreto, se dedicaba a la prestación de servicios de conserjería, limpieza y mantenimiento. Para la Sala existe discriminación pues entiende que tanto en el contrato temporal como en el indefinido que se extingue por causas objetivas, la finalización deriva de una decisión de la empleadora basada en que ya no existe causa suficiente para su mantenimiento, es decir que se trataría de un planteamiento jurídico idéntico en ambos casos, siendo a juicio del TSJ vasco esta identidad de objetivación de la causa, un elemento sustancial en la teoría que arbitra la sentencia del TJUE.

nos encontramos ante extinciones por vencimiento del término o a extinciones causales.

Para valorar el adecuado efecto de esta sentencia en nuestro derecho, deberían tomarse en consideración las circunstancias concretas en las que la norma es interpretada por el Tribunal y que recoge expresamente en sus consideraciones 43 y 44 al reseñar que "*En efecto, el propio hecho de que la mencionada recurrente ocupara durante siete años consecutivos el mismo puesto de una trabajadora en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical no sólo permite concluir que la interesada cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata, sino también que efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que remplazó de forma permanente durante este largo período de tiempo, aplicándosele también las mismas condiciones de trabajo*". El largo periodo de tiempo, siete años, en los que se desarrolla el contrato, constituye en si mismo una anomalía que determina la conclusión de la Sala de "*considerar que la situación de trabajador con contrato de duración determinada de la recurrente en el litigio principal era comparable a la de un trabajador fijo*".

Efectivamente, la larga situación en la que se mantiene la interinidad, que la Sala llega a calificar de "permanente", de haberse dado en cualquier otra modalidad de contrato temporal hubiera supuesto la conversión del contrato de interinidad en indefinido, de tal manera que puede afirmarse que nos encontramos ante una situación que, al amparo de los principios que inspiran a la Directiva, cabría calificar como abusiva para el trabajador. Así pues, no solo deberían tenerse en cuenta que las funciones desarrolladas o la cualificación exigida sean las mismas que las del trabajador sustituido, pues se trata de un contrato de sustitución de personal contratado indefinidamente con derecho a reserva de puesto de trabajo por lo que, obviamente, es un carácter que se encuentra implícito en la propia naturaleza de esta modalidad contractual; sino que se refiere a las expectativas generadas como consecuencia de lo prolongado en el tiempo de la situación.

En cualquier caso, en la sentencia comentada (apartado 36) se recoge expresamente que "*procede declarar que existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados".*

Desde el punto de vista de nuestro derecho, esta forma de interpretar la Directiva, aun extraída a partir de un caso extremo, complica la utilización de la contratación temporal como un instrumento del trabajador para eludir los costes financieros que suponen las medidas de protección derivada de la extinción unilateral del contrato de trabajo por parte del empresario y puede tener consecuencias, no sólo en el ámbito de aplicación del derecho español, sino también en muchos otros estados miembros donde existe una notable diferencia entre la protección otorgada a los trabajadores temporales respecto de los indefinidos. Habrá que esperar a nuevas resoluciones del TJUE para ver si se matiza algo la doctrina ahora iniciada.

4.- DERECHO COMPARADO EUROPEO

4.1.- Reino Unido.-

La regulación de esta materia en el derecho británico se encuentra en la Ley de Derechos del Trabajador de 1996 (*Employment Rights Act*), Ley Sindical y de Relaciones Laborales de 1992 y la Ley del Tribunal de Trabajo, todas ellas enmendadas parcialmente con posterioridad.

Por una parte, además de los contratos indefinidos tradicionales, la norma permite una gran diversidad de contratos temporales: contrato temporal (*fixed-terms contract)*, de duración determinada que concluyen cuando una determinada obra o evento finaliza; contrato de cero horas (*zero hours contract*), que no especifican el número de horas que va a tener que trabajar el empleado, quien debe estar preparado para trabajar en el momento en que sea requerido; existen también los "*key time contracts*" que garantizan horas de trabajo pero no fijan el número de horas semanales; contratos eventuales y contratos de temporada (*casual worker and seasonal worker*), que se caracteriza por la corta duración del empleo, de forma que se ofrece trabajo cómo y cuándo esté disponible o para trabajadores que realizan una tarea específica o de temporada y que se caracterizan por su precariedad; contrato de interinidad (*workers covering absence)***,** en los que el empresario debe informar por escrito de que el empleo terminará una vez que se reincorpore el trabajador con reserva de puesto sustituido; contrato de aprendizaje (*contract of apprenticeship*), por el que el empresario acuerda instruir y enseñar su profesión, negocio u oficio al aprendiz. Se considera un contrato de servicio por lo que el aprendiz no podrá reclamar las ventajas de dicho contrato a no ser que se firme un acuerdo por escrito entre ambas partes. Es normalmente por un periodo determinado de años o hasta que se consigan cierta cualificaciones. Además la legislación prevé la existencia de empresas de trabajo temporal.

En cuanto a la protección por despido, en el Reino Unido, aunque se reconoce un alto grado de libertad al empresario, la regulación se dirige de manera muy clara a eliminar la arbitrariedad en el ejercicio de esta libertad. Así pues, la protección del despido se articula a través de instrumentos de actuación ante los Tribunales ordinarios, el trabajador injustamente despedido "*unfair dismissal*" puede aspirar al *compensatory award*, en la medida que el perjuicio producido sea atribuible al comportamiento del empresario, sobre la base de un parámetro de "justicia y equidad". En estos su puestos, en el marco de una tutela por equivalente y no en forma específica, se sigue un esquema que, según el análisis económico del derecho, emplea una multa pecuniaria para impulsar el cumplimiento, donde la misma tutela en forma específica se presenta como equivalente a una cuantificación elevada del daño. Este mecanismo se articula a partir de la *Employment Rights Act* 1996 (Parte X, arts. 94 a 134) que, aunque afectado por diversas reformas, permanece en lo esencial como entonces.

La norma establece unas circunstancias en la que el despido es lícito, relacionadas con motivos subjetivos como la conducta del trabajador; la inadecuación del trabajador a la tarea a realizar; a impedimentos

normativos sobrevenidos o a la jubilación del trabajador; o por causas objetivas como la redundancia del trabajador (expresión con la que se hace referencia a lo que en derecho español pudieran ser causas objetivas económicas, técnicas o de la producción). En este caso la norma prevé la existencia de una indemnización que se calcula en función de la duración del contrato y de la edad de trabajador.

Por otro lado, la ley establece una serie de motivos que son ilícitos en todo caso: embarazo o parto, ejercicio de derechos de conciliación, transmisión de empresa en sí misma, pertenencia a sindicato, defensa de un derecho legal, etc. Por otra parte, existen unas exigencias de procedimiento, cuyo incumplimiento supone, como regla general la calificación del despido como ilegítimo. En particular, es preciso que la extinción asuma la forma escrita, señalando los motivos justificativos; asimismo, se establece un preaviso a partir de dos años de antigüedad que varía de 1–12 semanas en función de los años de servicio.

Siempre que el despido no se base en una de esas causas o que la misma sea aplicada de manera excesiva o desproporcionada, el trabajador puede demandar ante los tribunales. En estos casos, el tribunal ponderando las circunstancias podrá ordenar al empleador que reincorpore al trabajador en el mismo puesto en el que prestaba servicios al tiempo de ser despedido *(reinstatement*) o en otra posición de la empresa *(re-engagement)* y en ambos casos percibiendo la indemnización que se establezca. En caso de que el empleador de manera poco razonable se opusiera a la readmisión, el tribunal podrá imponer una indemnización complementaria *(additional award).*

4.2.- Holanda

En Holanda ha sido donde por primera vez se comenzó a trabajar en el concepto de flexiseguridad[22]. Desde 1999, además de la figura tradicional del contrato por tiempo indefinido, se han introducido modalidades contractuales de carácter temporal permitiendo tanto el uso de contrato temporales de duración determinada libremente pactada hasta un máximo de dos años (plazo que antes de 1 de julio de 2015 era de 36 meses); como formas hasta entonces atípicas de contratación[23] como los contratos verbales o los "*on-call contracts" y "zero hours contracts",* en virtud de los cuales el trabajador debe estar disponible para trabajar cuando es convocado y se garantiza un precio por hora trabajada; En este esquema de organización de la contratación temporal las ETT´s tienen atribuido un rol

[22] WILTHAGEN, Ton: "Flexicurity: A New Paradigm for Labour Market Policy Reform?" Discussion Paper FS-I 98-202. Berlin: Wissenschaftszentrum, Berlin, 1998.

[23] MAARTEN KEUNE: "Flexicurity: a Contested Concept at the Core of the European Labour Market Debate" en Intereconomics, March/April 2008, pag. 94 **"...**Dutch flexicurity promotes the use of atypical, flexible types of employment which are subject to similar rights concerning working conditions and social security as standard employment."

significativo. Salvo que se trate de una ETT, el encadenamiento de sucesivos contratos temporales entre un mismo trabajador y empresario por tiempo superior a los mencionados 24 meses, devendrá en la conversión del contrato temporal en indefinido.

Como nota característica, en Holanda para los trabajadores entre 16 y 23 años el salario mínimo se va incrementando en función de su edad.

Por lo que se refiere a la protección por despido[24], el sistema holandés está muy condicionado por el procedimiento para llevar a cabo la extinción, que tanto para el despido individual como colectivo, requiere una previa autorización administrativa (*ontslagvergunning*). La carencia de este requisito comporta la nulidad del despido. No existe posibilidad de recurrir la autorización, aunque el trabajador puede impugnar judicialmente un despido autorizado en un procedimiento que normalmente dura entre 4 y 6 semanas.

En los contratos indefinidos se establece un preaviso, cuya duración será la pactada, siempre que sea superior a la mínima legal o convencional, el periodo de preaviso se determina en función de la antigüedad, siendo el mínimo de un mes, pero pudiendo llegar hasta los cuatro meses en caso de trabajadores con más de 15 años de servicio; su incumplimiento apareja una compensación económica.

Una vez superado el periodo de prueba, el empresario puede evitar el preaviso y la autorización administrativa si se trata de un *despido sumario,* el cual se aplica cuando concurre una "causa urgente", es decir, cuando un acto, una cualidad o el comportamiento de la otra parte, hace irrazonable la continuación de la relación laboral,

Cualquiera de las partes puede solicitar también, sin necesidad de preaviso, la rescisión judicial del contrato alegando una causa razonable o un cambio en las circunstancias, estableciéndose en su caso una compensación económica por los daños causados; el empleador puede hacerlo incluso si la autoridad laboral le hubiera denegado antes la autorización administrativa.

Los despidos colectivos son aquellos que afectan a más de 20 empleados en un período de tres meses. A los requisitos administrativos originarios se han añadido los elementos previstos por la Directiva: retraso de 30 días en la aplicación de la medida desde la información a la autoridad laboral y procedimiento de consulta con los representantes de los trabajadores. El sistema de control *ex ante* garantiza el cumplimiento de las formalidades del despido colectivo, que son necesarias para obtener la autorización administrativa.

La autoridad laboral considera válido el despido basado en diversas circunstancias concurrentes en el trabajador o en *razones económicas o empresariales;* en este último caso, según ALVAREZ DEL CUVILLO el permiso se concede con cierta facilidad.

[24] En este punto seguimos especialmente a ALVAREZ DEL CUVILLO, Antonio: "Informe sobre la Regulación del Despido en Europa", temas Laborales, nº 99/2009, pags. 259-297

Hasta la reforma que entró en vigor el 1 de julio de 2015, la exigencia de autorización administrativa se solapaba con la regulación del Código Civil holandés, que permite la impugnación del despido "obviamente irrazonable". Actualmente la norma prevé en casos es competente la corte cantonal y cuando una entidad administrativa (la Agencia del Seguro de Empleo Holandesa).

En cualquier caso, el incremento en la temporalidad que se había venido produciendo ha podido incidir en las últimas medias tendentes a reducir el tiempo máximo durante el cual un trabajador puede mantener contratos temporales con un mismo empleador.

4.3.- Dinamarca

También Dinamarca, donde su reforma más importante en la materia data de 1994, puede considerarse un estado pionero en la introducción de medidas de flexiseguridad, si bien debe hacerse hincapié en que su sistema de protección contra el despido debe situarse en el contexto de su peculiar modelo de relaciones laborales, donde las tasas de afiliación a los sindicatos y organizaciones empresariales son extraordinariamente altas y la intensidad de las prestaciones de desempleo y de sus políticas activas de empleo es muy importante.

Eso ha facilitado que se haya aceptado que la causalidad y su justificación del despido por razones económicas, sea relativamente flexible incluso para los contratos indefinidos. De hecho, hasta la trasposición de la Directiva comunitaria 1999/70/CEE, en el año 2003, no se había limitado legalmente la utilización del contrato de trabajo temporal, el cual sigue sin ser muy utilizado.

Partiendo de este punto, y debido a una autorregulación importante surgida de la negociación colectiva, la regulación legal en materia laboral es escasa e incluso los sistemas judiciales de resolución de conflictos están muy influidos por los interlocutores sociales[25]. Así pues, en Dinamarca no existe una norma de rango legal que regule con carácter general la protección por despido, aunque sí existen leyes que prohíben determinadas formas de despido, como el despido discriminatorio por razón de sexo o el que vulnera el derecho de afiliación sindical positiva o negativa.

[25] ALVAREZ DEL CUVILLO, Antonio: "Informe sobre la Regulación del Despido en Europa, Temas Laborales, nº 99/2009, pags. 259-297: Así, en el ámbito del Acuerdo Básico DA y LO que es de mayor difusión (y en muchos otros convenios colectivos establecen mecanismos semejantes), cuando un trabajador considera que el despido es arbitrario, no reclama ante los tribunales ordinarios, sino ante un tribunal especial, creado por el Acuerdo, denominado el Tribunal de Despidos, formado por miembros nombrados por los interlocutores sociales y por magistrados del Tribunal Supremo. Este tipo de tribunal actúa más como un organismo de mediación y arbitraje que como un órgano judicial, aunque sus resoluciones no son susceptibles de recurso. Un trabajador no afiliado a un sindicato al que se le aplicara el Acuerdo Básico a través de una remisión en su contrato de trabajo podría, sin embargo, acudir a los tribunales ordinarios.

Se mantiene una distinción entre trabajadores de cuello blanco y funcionarios públicos, cuya situación si se encuentra regulada legalmente[26], mientras que para el resto de los trabajadores, la protección viene dada por los convenios colectivos que cubre aproximadamente al 80% de la población activa incluso en empresas pequeñas.

Existe un convenio que se aplica a estos efectos para la mayor parte de los trabajadores que es el *Acuerdo Básico* entre la central sindical LO y la patronal DA[27], pero existen otros acuerdos en determinados sectores que establecen sistemas de protección equivalentes.

En las diversas regulaciones, se exige de una manera u otra que el despido esté justificado en una "causa razonable" *(sagliggrund)* vinculada al trabajador o a las necesidades de la empresa; en el Acuerdo Básico DA y LO esta necesidad de justificación se hace derivar de una prohibición general de arbitrariedad. En todo caso, la interpretación que se hace de la "justa causa" es muy poco restrictiva, especialmente cuando se alegan razones empresariales de los casos, las causas económicas se consideran razonables cuando se amortiza efectivamente el puesto de trabajo, porque se considera que es prerrogativa del empleador decidir el volumen de empleo necesario para su empresa**.**

Si la causa se refiere a la conducta o a los resultados del trabajador, la decisión empresarial se somete a un mayor escrutinio y se exige que se haya advertido suficientemente bien al trabajador de sus obligaciones o de la posibilidad del despido.

En cuanto al procedimiento, normalmente se exige un período de preaviso, muy variable en función de la profesión del trabajador, su antigüedad y el sector de actividad (desde seis meses en el caso de empleados públicos y trabajadores de cuello blanco con cierta antigüedad hasta la ausencia de preaviso). Cuando no hay disposiciones específicas, se suele aplicar el preaviso que se estime razonable en función de la buena fe contractual. En todo caso, existe la posibilidad de llevar a cabo un *despido extraordinario,* sin cumplir el plazo de preaviso, en caso de "incumplimiento grave" *(grovmisligholdese).* Los convenios colectivos tambiénprevén reducciones en el preaviso, o su sustitución por una compensación económica en casos específicos, como la fuerza mayor.

El procedimiento de despidos colectivos se encuentra regulado por una ley, en transposición de la Directiva comunitaria, dado que la transposición a través de los convenios colectivos no garantizaba una cobertura total; en cualquier caso, la regulación convencional puede superponerse a la legal, respetando siempre los límites impuestos por el Derecho comunitario**.**

En cuanto a los efectos del despido, no se establecen con carácter general indemnizaciones para los despidos procedentes, salvo en el caso de trabajadores públicos o empleados "de cuello blanco", a los que en caso de

[26] En el caso de los trabajadores de cuello blanco con la**Employers' and SalariedEmployeesAct,** de junio de 1996, posteriormente modificada.

[27]MAARTEN KEUNE, Ob. Cit., las iniciales DA y LO corresponden a la denominación de los interlocutores sociales que han suscrito el acuerdo.

despido con incumplimiento caben indemnizaciones equivalentes al salario de entre 13 y 20 semanas, así como la responsabilidad respecto al coste de los primeros dos días de desempleo, a cargo del empresario.

En el caso del resto de los trabajadores, se estará a lo pactado en el ámbito de la negociación colectiva, pero si el despido es impugnado, el Tribunal de Despidos puede decidir anular el despido, reintegrando al trabajador a supuesto de trabajo o fijar una compensación si existen dificultades para la convivencia de las partes. Este resultado puede darse especialmente en caso de despidos discriminatorios[28]. La indemnización derivada de la extinción del contrato por un despido ilegítimo tiene un límite máximo, previsto en el ya mencionado Acuerdo Básico, de cincuenta y dos semanas de salario. Para determinar su cuantía, el Tribunal de Despidos toma en consideración los daños causados, el comportamiento de las partes y la antigüedad del trabajador. No suele darse el máximo. Lo relevante no es que no haya una indemnización por despido prevista, sino que los supuestos en los que ésta se reconoce son cuantitativamente menores, disponiendo el empresario de un amplio margen de maniobra.

Esta aparente falta de protección se ve compensada con unas intensas prestaciones de desempleo que alcanzan hasta el 90% de su sueldo (con un máximo de unos 2000 euros), durante un máximo de cuatro años y un seguimiento muy cercano de su caso por los servicios de empleo para lograr colocarle. Si se detecta que el parado no cumple con el itinerario de reinserción profesional que se le marca, se le puede retirar el subsidio. Esto obviamente exige una inversión importante tanto en los instrumentos de políticas activas para poder ser efectivo como en la financiación de dichos subsidios que como se reconoce en la propia página web del Ministerio de Trabajo danés[29], resultan financiados en su mayor parte por el Estado.

4.4. - Alemania[30].-

En Alemania, tras la reunificación se hizo necesario desarrollar instrumentos normativos que favorecieran la integración en el mercado de trabajo de una parte importante de la población que aún se encontraba inmersa en una cultura laboral distinta

Reformas. Ello dio lugar a las denominadas reformas Hartz en los primero años de la primera década del siglo XXI[31].

[28] La Ley Danesa de prohibición y contra la discriminación en el Mercado de trabajo fue adoptada en 1996 y ha sufrido diversas reformas en 2005 y 2008.

[29] http://uk.bm.dk/en/Themes/The%20Danish%20Labour%20Market/Unemployment%20insurance%20in%20Denmark.aspx

[30] Para una traducción al castellano de la legislación alemana laboral, véase MARTINEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto: Leyes laborales alemanas: Estudio comparado y traducción castellana, Ed. Netbiblo, A Coruña 2007.

[31] JANSEN, Marcel: Lecciones de las reformas Hartz. ¿Cómo curar al nuevo enfermo europeo?" Blog Nada es Gratis 3 de marzo de 2014: "Las reformas Hartz tenían tres

La exclusión de determinados trabajos marginales del ámbito de la regulación fiscal y laboral con la Ley federal de 21 diciembre de 2000, cuya denominación es precisamente la de "Ley sobre Trabajo a Tiempo Parcial y Contratos de Trabajo a Plazo.." (*GesetzüberTeilzeitarbeitundbefristeteArbeitsverträge)* supuso el inicio en la proliferación de los denominados "*minijobs*". En Alemania, la denominación en ingles (literalmente, «mini puesto de trabajo») no se utiliza de modo habitual en la legislación laboral o de seguridad social alemana, aunque sí por los grandes tribunales supremos de la Federación alemana y muy especialmente, el Tribunal Federal de Seguridad Social. La expresión legal alemana equivalente es "trabajo marginal -*eringfügigeBeschäftigung-"*.

La definición auténtica del trabajo marginal por cuenta ajena, -entendida como una modalidad de trabajo a tiempo parcial-, aparece contenida en el primer apartado del parágrafo 8 del Libro IV del Código alemán de Seguridad Social. El precepto se rotula «Trabajo marginal y actividad autónoma marginal», que afirma que el trabajo marginal existe cuando, de un lado, "el salario" derivado de ese trabajo no sobrepasa ordinariamente 400 euros al mes, y de otro lado y alternativamente, el trabajo se limita a ser ejercido o está contractualmente limitado de antemano, dentro del año natural, a no más de dos meses o 50 días laborales, según sus características, salvo que el trabajo se ejerza profesionalmente y su salario

objetivos principales. (*i*) Mejorar los servicios del sistema público de empleo. (*ii*) La activación de los parados (*iii*) El estímulo de la demanda de trabajo a través de una menor cuña impositiva y un proceso de desregulación. Hartz I y II entraron en vigor al principio de 2003 e introdujeron los famosos mini y midi-jobs junto con un nuevo sistema de subvenciones para la contratación de trabajadores mayores. Además, estas primeras dos leyes quitaron restricciones a las actividades de las agencias de trabajo temporal y el uso de contratos temporales y simplificaron la regulación de la protección del empleo, introduciendo nuevas exenciones para PYMES con menos de 10 empleados. Hartz III fue introducida al principio de 2004 con el objetivo de mejorar los servicios públicos de empleo. Desde entonces cada agencia de empleo tiene que alcanzar objetivos cuantitativos, fijados en manera individual para cada una de ellas. Además, la reforma mejora los procedimientos empezando por un análisis sistemático de los perfiles de los parados. Este sistema asigna a los parados en cuatro grupos distintos en función de su empleabilidad y fija para cada grupo un conjunto de posibles instrumentos de ayuda. Tradicionalmente, los servicios públicos alemanes solían ofrecer cursos de formación de larga duración y costosos proyectos de empleo público a los desempleados con peores perspectivas laborales. Al contrario, en el nuevo sistema la reinserción en el empleo es la absoluta prioridad. La agencia pública firma un contrato con el demandante de empleo que formaliza sus derechos y obligaciones y la reforma introduce controles más estrictos. La parte más polémica llegó sin duda con la introducción de Hartz IV en 2005 que recortó tanto la duración como el nivel de las prestaciones por desempleo. Antes de la reforma la máxima duración de las prestaciones era de 36 meses con una tasa de reemplazo del 67%. Al contrario, en el nuevo sistema, el derecho al cobro solo está garantizado durante los primeros doce meses. A partir de este momento la prestación es*meanstested* y depende de la renta en el hogar".

sobrepase los 400 euros mensuales[32]; en ese sentido, la acumulación con un mismo empresario de varios *minijobs* con el mismo trabajador supondrá, en cuanto superen estos límites, la obligación de dar de alta al trabajador en el sistema de seguridad social.

En Alemania, la regulación básica del contrato de trabajo aún se encuentra en el BGB, si bien, solo para las empresas con más de 10 trabajadores con jornada laboral a tiempo completo, es de aplicación la Ley de Protección ante despidos (*Kündigungsschutzgesetz*), que, sin perjuicio de diversas modificaciones posteriores, tiene su origen en 1951[33] y es de aplicación para aquellos trabajadores con una antigüedad superior a seis meses (si bien reformas recientes en determinados supuestos han elevado el umbral hasta los dos años), mediante la cual los despidos ordinarios sólo son posibles si existe una causa legal: motivos económicos empresariales, disciplinarios (como infracción del trabajador) o por motivos basados en la persona del trabajador, como por ejemplo, la enfermedad. Un despido extraordinario por causa grave es siempre posible, pero para pronunciarlo existe un plazo obligatorio de dos semanas desde que se conocen las circunstancias que motivan el mismo. Para el despido ordinario son aplicables plazos de preaviso mínimos, que dependen de la antigüedad de la relación laboral al momento de declarar el despido. Este plazo se extiende de 4 semanas hasta 7 meses. Estos plazos mínimos pueden superarse o reducirse en su caso, si son de aplicación determinadas normas del convenio colectivo. En estos casos, el preaviso sustituye al abono de una indemnización,

En lo que refiere al procedimiento, resulta especialmente significativo el deber de audiencia previa al comité de empresa, que se aplica en todos los casos (siempre que exista este órgano de representación), antes de la notificación del despido. El comité deberá pronunciarse en una semana o en tres días, dependiendo de si el despido es ordinario o extraordinario. La extinción carecerá de eficacia si no se lleva a cabo este trámite de consultas.

Algunos colectivos, como mujeres embarazadas, personas de permiso por maternidad o para el cuidado de hijos, miembros del comité de empresa, etc...; gozan de una protección especial frente al despido que generalmente

[32] ARUFE VARELA, Alberto: "Los "minijobs" alemanes: un estudio sobre su régimen jurídico laboral y de seguridad social" en Revista española de Derecho del Trabajo, num. 155/2012 parte Estudios., Pamplona. 2012.

[33] El Informe sobre "El modelo de despido en la Unión Europea", Fundación 1ª de Mayo, marzo 2012 realiza un resumen de esta evolución: "Entre 1996 y 2003, el poder legislativo ha modificado 3 veces la ley de protección contra el despido. En 1996, el Gobierno conservador redujo el nivel de protección, elevando el número de empresas que quedaban fuera del ámbito de la ley. Desde entonces la norma no se aplica a las empresas de 10 o menos trabajadores. Antes de esta reforma, esa frontera era de 5 o menos trabajadores. Según varios estudios empíricos esta modificación no tuvo ningún efecto positivo en el mercado de trabajo, por lo que en 1998 fue restituida la situación legal precedente por el Gobierno de coalición de socialdemócratas y verdes. En 2003, el mismo ejecutivo *"rojiverde"* dio marcha atrás e hizo suyas las reformas de los conservadores".

implica la exigencia de una autorización administrativa o del comité de empresa.

En caso de no ser cierta la razón alegada nos encontraríamos con un despido socialmente injustificado que tiene como sanción la readmisión forzosa del trabajador con el abono de los salarios de tramitación dejados de percibir durante la tramitación del procedimiento judicial, lo que dado los retrasos en la tramitación de estos procedimientos puede suponer una cantidad relevante. En la práctica, las partes suelen llegar a un acuerdo antes de la finalización del proceso, con objeto de evitar la incertidumbre y las consecuencias negativas del alargamiento del conflicto. Las indemnizaciones no están tasadas para estos acuerdos y dependen de la negociación o de la práctica habitual por empresas o sectores.

4.5.- Italia.-

En Italia, hay dos clases principales de contrato de empleo en Italia: temporal, *contratto a termine/contratto a tempo determinate*, y permanente, *contratto a tempo indeterminate.* La contratación temporal comenzó a tener importancia en Italia tras una reforma de 2001, adoptada en aplicación de la Directiva Europea núm. 1999/70/CE, pues hasta entonces el uso del contrato por tiempo determinado hasta entonces admitido sólo en presencia de razones excepcionales y de naturaleza temporal, interpretadas de manera restrictiva por los tribunales. Con la reforma introducida por la Ley Monti-Formero (Ley 98/2012, de 28 de junio), el contrato de trabajo subordinado por tiempo indeterminado se convierte entonces en la regla, mientras que el contrato por tiempo determinado vuelve a ser una excepción[34].

A estas modalidades habría que añadir, además de los contratos formativos y otras modalidades semejantes a las estudiadas para otros países, la figura del contrato de trabajo ocasional de tipo accesorio, introducido por el Decreto Ley 112/2008, con una doble finalidad, por un lado, combatir contra el trabajo sumergido, por el otro, fomentar el ingreso de los colectivos más débiles en el mercado laboral, aumentando sus posibilidades de trabajo en familia o en entes sin finalidad de lucro, estando limitados los colectivos que pueden acceder a este tipo de contratos (amas de casas, estudiantes, parados, jubilados, inválidos o extranjeros en situación regular, durante los seis meses siguientes a haber perdido un empleo regular)[35]y,

[34] TIRABOSCHI, Michele: "El derecho del trabajo italiano después de la ley n. 92/2012: la reforma "Monti-Fornero", en Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho de Empleo ED. Volumen 1, núm. 1, enero-marzo de 2013

[35] El contrato de trabajo se formaliza libremente y su retribución se efectúa a través de los *tiques trabajo,* que tiene un valor nominal de diez euros (están disponibles también unos carnets "múltiples" de 50 euros -cinco tiques no divisibles - y de 20 euros - dos tiques no divisibles). El valor nominal comprende una cuota de cotización (13%) a favor de la gestión separada del INPS; una cuota a efectos de seguro contra accidentes (7%, pagada al Instituto nacional de seguros contra accidentes laborales – INAIL) y una compensación al concesionario (INPS) por la

tras la reforma de la Ley 98/2012, de 28 de junio, se introduce un límite cuantitativo, de manera que, como prestaciones de trabajo accesorio, únicamente pueden considerarse las actividades laborales de naturaleza meramente ocasional que no dan lugar, con referencia a la totalidad de los comitentes, a remuneraciones superiores a 5.000,00 euros en un año, eliminando la relación de actividades de las que podía ser objeto esta modalidad contractual.

En materia de protección del trabajador frente al despido. Las reformas se han escalonado primero con la reforma Monti-Formero (Ley 98/2012, de 28 de junio) y más tarde con la Jobs Act (Ley núm.183/2014 y Decreto Legislativo núm. 23/2015, de 4 de marzo). La primera, eliminó el sistema sancionador unitario basado en la sanción de la reincorporación que, como ya se ha apuntado, se aplicaba a todo tipo de ilegitimidad del despido (nulidad, anulabilidad e ineficacia); introduciendo un sistema sancionador que consta de cuatro niveles diferentes de tutela, que la doctrina distingue como: a) "*tutela reintegratoriapiena*", que solo se aplica en caso de despido discriminatorio; despido nulo por causa de maternidad o de paternidad; despido causado por "*motivo illecito determinante*"; y despido ineficaz mediante comunicación verbal; b) "*tutela reintegratoria con indennitá limitata*" que se aplica a despidos gravemente infundados en determinados supuestos fijados por la Ley y donde se sigue previendo la reintegración, pero reduce la indemnización fijando un techo máximo de doce mensualidades con respecto a la última retribución global de hecho, desapareciendo la previa existencia de una indemnización mínima de cinco mensualidades; en el resto de los supuestos de despidos; para el resto de los despidos, desaparece la obligatoriedad de la readmisión que resulta sustituida por dos niveles de tutela c) "*tutela indennitaria forte*" (indemnización mínima de doce a un máximo de veinticuatro mensualidades de la última retribución global); y "*tutela indennitariaridotta*" (de seis a un máximo de doce mensualidades). También el caso de las pequeñas empresas, se mantienen las compensaciones de entre dos y seis meses, con un sistema gradual vinculado a la antigüedad en el puesto.

La denominada *Jobs Act* introduce en el acervo jurídico italiano una nueva modalidad de contrato denominado del "*contratto a tempo indeterminato a tutela crescente*", que elimina casi totalmente la sanción de la reincorporación en el puesto de trabajo manteniéndola solo en caso de despido discriminatorio o nulo ya algún otro supuesto excepcional y la substituye por una indemnización predeterminada según los años trabajados similar a la que desde hace décadas existe en el derecho laboral español. La vulneración del principio de causalidad por el empleador se ve sancionada únicamente con una indemnización económica cuya estimación ya no queda en manos de la autoridad judicial sino que legalmente se establecen las pautas para su determinación.

gestión del servicio (5%). Es decir, que por efectos de las deducciones, el trabajador percibe el 75% del valor nominal del ticket.

4.6.- Francia.-

En Francia se ha producido una reciente reforma, que además de otras importantes cuestiones como la negociación colectiva, incide sobre la materia que ahora nos ocupa. Nos referimos a la *Loi* nº 2016/1088 de 8 agosto de 2016 relativa al trabajo, a la modernización del dialogo social y de garantías para la carrera profesional, que consolida la precedente Ley Macrón y que ha generado una fuerte polémica en el país vecino, aunque más referida a los aspectos relativos a las novedades en cuanto a la negociación colectiva.

En cuanto a la protección por despido, hasta estas reformas, podía afirmarse que, originalmente, en el Derecho del Trabajo francés, regía el principio de la restitución integral de todos los daños sufridos por el trabajador como consecuencia del despido injustificado, que en cualquier caso no era inferior a un año de retribución, resultando evidente que el supuesto de violación eficiente del contrato de trabajo por el empleador viene compensada por una reparación del daño potencialmente idónea para actuar como una disuasión para el empresario que tiene intención de realizar un despido injustificado.

Efectivamente, en los contratos por tiempo indefinido, para trabajadores con más de dos años de antigüedad el nivel de protección era muy alto, requiriéndose un preaviso tanto en caso de despidos derivados de causas personales como económicas (nuestro equivalente al despido objetivo), previéndose en indemnizaciones de distinta entidad, salvo falta grave o delictiva del trabajador.

Asimismo, si durante el despido, aunque la causa alegada sea cierta pero se incumplían las formalidades previstas (despido irregular pero procedente), los *Conseil Prud'homme* (una suerte de tribunales paritarios) podían establecer una indemnización que dependía del tamaño de la empresa, aunque no podía exceder de un mes de salario. Sin embargo, si la causa alegada resultaba improcedente, en caso de empresas con más de 11 trabajadores, la indemnización no podía nunca ser inferior a 6 meses de salario, pero el tope será determinado por el Tribunal que falle la demanda interpuesta por el trabajador atendiendo las circunstancias. Esto generaba una gran incertidumbre en el empleador acerca del coste real de un despido.

Ante las limitaciones impuestas por el *Conseil* Constitucional judicial a la precedente Ley Macrón, que pretendía ajustar las indemnizaciones derivadas de estas situaciones a unas cantidades predeterminadas en función de la antigüedad del trabajador, por considerar una vulneración del precepto constitucional garante de la separación de poderes entre el poder legislativo y el judicial, el hecho de fijar legalmente la determinación del importe indemnizatorio limitando el ámbito decisorio del órgano; la reforma definitivamente aprobada se ha limitado en este punto a garantizar una mayor seguridad jurídica, y sin fijar indemnizaciones concretas instaura un baremo de indemnización en caso de despido, basado en la antigüedad a la que habrán de sujetarse como máximo los tribunales, estableciendo varios tramos con una indemnización máxima de quince meses de salario para trabajadores con más de veinte años de antigüedad en la empresa, dentro

de los cuales el Tribunal tiene libertad para concretar en cada caso la indemnización que corresponda.

Ese baremo se aplicaría a cualquier tipo de empresa, sin distinción de pequeña o gran empresa y ya no fija una indemnización mínima, salvo en caso de despido discriminatorio o de acoso sexual que será de seis meses de salario. Por otro lado, y como novedad más relevante, concreta los términos en los que puede darse el despido por razones objetivas de naturaleza económica, variando el término de tiempo para su valoración según el tamaño de la empresa.

4.7.- Austria.

Por su inclusión en el debate político español, resulta merecedor de atención el modelo introducido en Austria.

El modelo de despido en Austria es bastante similar en términos generales al alemán, siendo sus referencias legislativas el Código Civil, si bien la denominada en castellano Ley de Asistencia Empresarial a los Trabajadores y Autónomos, recoge lo fundamental de lo que vamos a reflejar; si bien esta norma ha venido sufriendo numerosas reformas desde que fue aprobada en 2002.

Hasta el año 2003, existía un sistema de protección basado en una indemnización cumulativa potencial que sancionaba los despidos improcedentes en función de la antigüedad del trabajador en la empresa semejante al español, si bien con un importe de cuantías incluso menor al que nosotros tenemos después de la reforma de 2012 y que, además, solo protegía a aquellos trabajadores que prestaran servicios en empresas con más de cinco trabajadores y que llevaran más de tres años trabajando en ella.

En 2002 se aprobó la mencionada reforma que transformó totalmente este esquema y que, si bien entró en vigor el 1 de enero de 2003, su implantación se ha realizado de manera paulatina respetando durante el periodo transitorio los derechos adquiridos por los trabajadores al amparo de la legislación anterior. La esencia del modelo parte de considerar, por un lado el carácter abstracto del despido, careciendo de significación para su validez y eficacia la existencia de un fundamento para su ejercicio; y por otro, la necesidad de garantizar una protección al trabajador en caso de ser despedido.

Esto último se logra mediante lo que la ley denomina "derecho potencial a la indemnización cumulativa" del trabajador que se satisface merced a un sistema de seguro obligatorio (para el empresario) de extinción del contrato de trabajo[36] basado en la acumulación de un capital nutrido por cotizaciones

[36] En el estudio de este modelo seguimos fundamentalmente a MARTINEZ GIRON, Jesús: "El «modelo austríaco» y su versión española." En Revista Doctrinal Aranzadi Social num.21/2011 parte Tribuna; Ed. Aranzadi; y a ALEMÁN PAEZ, Francisco: "Fondos de capitalización e indemnizaciones por despido: una aproximación teórica

empresariales. Los sucesivos empresarios se constituyen en tomadores del seguro, del que es beneficiario el trabajador y cuyas cotizaciones (1,53% del salario del trabajador a partir del segundo mes de duración del contrato de trabajo) son recaudadas por el organismo público encargado de gestionar el seguro de enfermedad, el cual también ejerce funciones de supervisión y control jurídico del proceso, siendo finalmente gestionadas en fondos de capitalización por entes aseguradores a elección de los empresarios.

El beneficiario, en el momento de producirse la contingencia cubierta tendrá derecho a percibir la totalidad de las cotizaciones acumuladas, junto con los rendimientos obtenidos por los entes gestores. El Estado se constituye en garante del sistema -una especie de reaseguro- de modo que, al menos la percepción de las cotizaciones acumuladas (no así los posibles rendimientos) está garantizada.

Al igual que sucede con otros seguros sociales en los que se inspira, es necesario que se cumpla un periodo de carencia mínimo (36 meses cotizados) para poder percibir la indemnización en metálico salvo cuando el solicitante ya haya cumplido la edad prevista para la jubilación. Asimismo, para poder materializar su derecho, el trabajador no debe haber sido despedido disciplinariamente de manera procedente, no haber realizado una dimisión injustificada extemporánea, es decir sin respetar los periodos de preaviso fijados por la ley o el contrato; tampoco podrán exigir el reintegro de capital los potenciales beneficiarios de las licencias retribuidas previstas en las Leyes de maternidad y de paternidad. En los restantes casos, el trabajador podrá optar entre mantener activo el capital acumulado (las cotizaciones acumuladas y sus posibles rendimientos) o solicitar su liquidación,

En cualquier caso, no debe olvidarse, que esta sustitución opera únicamente respecto de las indemnizaciones por despido no discriminatorio, no para las eventuales compensaciones que pudieran sustituir a la readmisión en caso de despidos discriminatorios o ilegítimos, cuya sanción natural, al igual que en el derecho laboral alemán, es la readmisión en la empresa.

Una característica singular de este instrumento, destacada por algunos autores, es su carácter complementario al sistema de seguridad social que en Austria también se basa en un sistema de reparto y cuya sostenibilidad está siendo allí objeto de debate. Efectivamente, la percepción de este capital en el momento de la jubilación del trabajador constituye una interesante prestación complementaria que puede adquirir mayor relevancia a medida que las circunstancias puedan ir obligando a realizar cálculos restrictivos en la cuantía de las nuevas pensiones que se puedan reconocer en el futuro[37].

y valorativa" en Revista Doctrinal Aranzadi Social num.6/2011 parte Estudio; Ed. Aranzadi.

[37]GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, Sandalio: "El Fondo de Capitalización en Austria y su aplicación en España",http://www.iese.edu/research/pdfs/ST-0324.pdf

4.8. - Polonia[38].-

El Código laboral polaco constituye la norma básica que regula las relaciones entre los empresarios y los trabajadores y que tiene carácter de norma mínima de manera que las condiciones fijadas en los contratos de trabajo no pueden ser menos ventajosas para el trabajador que las establecidas en la normativa laboral.

En Polonia coexisten tanto los contratos de trabajo por tiempo indefinido como los contratos de duración determinada, por el tiempo de realización de una obra o servicio determinado, o de interinidad. Durante el periodo de transición a la economía de mercado y hasta su integración en la UE también han coexistido durante mucho tiempo los denominados contratos de trabajo sometidos a la Ley civil que tenían carácter temporal lo que a primeros del siglo XXI supuso un incremento muy grande de este tipo de contratación. El hecho de suscribir el tercer contrato temporal equivale a la suscripción de un contrato por tiempo indefinido. Actualmente, todos ellos deben suscribirse por escrito de acuerdo con las exigencias determinadas en el Código laboral.

El contrato de trabajo por tiempo indefinido se puede rescindir a) por acuerdo mutuo de las partes; b) por medio de la declaración de una de las partes respetando el período de preaviso sobre su rescisión; c) por medio de la declaración de una de las partes sin respetar el período de preaviso sobre su rescisión.

Los contratos concertados para tiempo definido, o por el tiempo de realización de un trabajo determinado, finalizan al concluir dicho período o tras haber realizado el trabajo aunque en ciertos casos pueden extinguirse antes.

- Rescisión con acuerdo mutuo de las partes .- El empresario está obligado al pago de indemnizaciones por despido en varios supuestos: a) si rescinde el contrato de trabajo con el trabajador respetando el periodo de preaviso o con acuerdo mutuo de las partes en el caso de los llamados despidos por causas no imputables a los trabajadores; b) las causas de la rescisión del contrato son atribuibles al empresario; y c) emplea a por lo menos 20 trabajadores.

El importe de las indemnizaciones por despido a favor del trabajador equivalente a una mensualidad de remuneración en caso de que el trabajador haya prestado servicios para el empresario por un periodo inferior a dos años; a dos mensualidades de remuneración en caso de que el trabajador haya prestado servicios para el empresario por un periodo igual o superior a dos años e inferior a ocho años; y a tres mensualidades de remuneración en caso de que el trabajador haya prestado servicios para el empresario por un periodo igual o superior a ocho años.

[38] Fuente: Pág. Web del Ministerio español de Empleo y Seguridad Social: http://www.empleo.gob.es/es/mundo/consejerias/alemania/trabajar/polonia/contenidos/requisitosTrabajarPolonia.htm

- Rescisión con preaviso.- La rescisión del contrato de trabajo con preaviso obedece a una declaración de voluntad por parte del trabajador o del empresario, respetando el periodo de preaviso. El contrato concluirá una vez que transcurra el periodo de preaviso y será admisible cuando el empresario haya cumplido con las obligaciones fijadas en la norma, en particular la invocación de una causa concreta, verdadera y real de despido.

El periodo de preaviso sobre la rescisión del contrato de trabajo dependerá del tipo de contrato y de la antigüedad del trabajador en una misma empresa, existiendo deber de preavisar incluso durante el periodo de prueba.

En caso de contrato de trabajo por tiempo indefinido el preaviso será de dos semanas en caso de que el trabajador haya prestado servicios para el empresario por un periodo no superior a seis meses; de un mes en caso de que el trabajador haya prestado servicios para el empresario por un periodo igual o superior a seis meses e inferior a tres años; y de tres meses en caso de que el trabajador haya prestado servicios para el empresario por un periodo igual o superior a tres años.

En los contratos de interinidad, el preaviso será de tres días. En el resto de los contratos por tiempo definido el preaviso será de dos semanas cuando dicho contrato se haya concertado para un periodo igual o superior a seis meses y que las partes se hayan acordado en el contrato de trabajo la posibilidad de su rescisión con preaviso.

- Rescisión sin preaviso.- El empresario puede rescindir el contrato de trabajo sin preaviso en el caso de despido por causas imputables o no, al trabajador.

La rescisión del contrato de trabajo por causas imputables al trabajador puede ocurrir como resultado de infracción grave de las obligaciones básicas del trabajador; cometer un crimen durante la vigencia del contrato de trabajo, cuando el crimen es evidente o cuando ha sido emitida sentencia firme sobre su condena; o por pérdida, por causas imputables al trabajador, de la habilitación de éste, necesaria para el ejercicio de la actividad en el puesto ocupado.

La rescisión del contrato de trabajo sin preaviso por causas no imputables al trabajador es admisible cuando el trabajador no puede ejercer su trabajo por una incapacidad laboral derivada de enfermedad o de accidente de trabajo; por ausencia justificada por motivos distintos la incapacidad temporal a los enumerados anteriormente, por un periodo superior a un mes.

En cualquiera de los supuestos anteriores, el trabajador puede cuestionar la conformidad con la ley de la rescisión del contrato de trabajo y recurrir al tribunal en contra del empresario bien reclamando la reincorporación, y en su caso a los salarios de tramitación o bien a recibir la indemnización. En el caso de despido de trabajador en el seno de un contrato temporal, el trabajador solo podrá reclamar el abono de una indemnización, no la readmisión.

5.- CONTRATOS DE TRABAJO INDEFINIDOS Y TEMPORALES EN EL DERECHO ESPAÑOL: EL MANTENIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD EN EL DESPIDO.

5.1. Contratos indefinidos y contratos temporales.-

En derecho español, el principio general es que, por defecto, la contratación laboral se considera suscrita por tiempo indefinido y a jornada completa. Así se deduce de una interpretación armónica del artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, pues aun cuando en su texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, inicialmente señala que el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada, a renglón seguido, fija los casos en los que pueden ser admisible los contratos temporales. Asimismo, en el art. 8.2 ET se prevé una presunción por el carácter indefinido y a jornada completa de los contratos de trabajo en caso de que no se respeten las exigencias formales previstas en la norma.

Nuestro derecho, a juicio de GARCIA-PERROTE ESCARTÍN[39], ha evolucionado desde una permisividad y hasta promoción del contrato temporal como vía para fomentar la contratación, a buscar favorecer y potenciar la contratación indefinida a partir de las reformas de 1994 y 1997. Junto al contrato indefinido ordinario se articulan una serie de modalidades como el fijo-discontinuo en el que la relación laboral se concierta para realizar trabajos de carácter fijo-discontinuo que no se repiten en fechas ciertas. Además de manera singular la Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes del mercado laboral, ha configurado el que se conoce como "contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores" limitado solo a la contratación con empresas de menos de 50 trabajadores que cumplan ciertos requisitos y en tanto en cuanto la tasa de desempleo se mantenga por encima del 15%, que se beneficia de determinadas bonificaciones en las cuotas sociales e incentivos fiscales y mantiene un periodo de prueba de hasta un año, a cambio de unas obligaciones de mantener cierta estabilidad en el empleo.

Asimismo, el Estatuto de los Trabajadores prevé la posibilidad de celebrar contratos temporales en supuestos tasados como el contrato de obra o servicio determinados, el contrato eventual por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos con una duración máxima de seis meses dentro de un periodo de referencia de doce meses; el contrato de primer empleo joven, destinado a incentivar una primera experiencia profesional, con una duración mínima de tres meses y máxima de seis (ampliables a doce por convenio colectivo) y que requiere que sea bien a

[39] GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: Manual de Derecho del Trabajo, Ed. Tirant lo Blanch, 6ª ed., pag. 331 y ss.

jornada completa o, como mínimo, un 75% de la jornada a tiempo completo de un trabajador comparable; y el contrato de interinidad que tiene por objeto sustituir la baja temporal de otro trabajador de la empresa con reserva del puesto de trabajo. Salvo los contratos de interinidad, a la extinción de los contratos temporales, el trabajador tendrá derecho a una indemnización equivalente al salario de doce días por año trabajado.

Los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, directamente, o a través de la intermediación de una empresa de trabajo temporal, adquirirán la condición de empleados fijos.

Además de los mencionados, por diversas disposiciones legales se han creado otras modalidades de contrato temporal con finalidades específicas. Así pueden mencionarse el contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad[40]; el contrato temporal de las Universidades con personal docente e investigador[41]; y por último, los contratos temporales de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación[42] que son los siguientes: contrato predoctoral; contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, tecnología e innovación; y contrato de investigador distinguido. Son sus leyes específicas las que determinan las concretas circunstancias por las que se produce la extinción de la relación laboral.

5.2.- Incidencia del proceso de reformas laborales en España.

5.2.1.- Principales reformas legales.-

El derecho laboral español ha sufrido cambios profundos que, según algún autor[43], han podido influir en las recientes reformas acaecidas en Italia y Francia[44]. El Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, y la subsiguiente Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Reforma Laboral, supusieron el punto de partida de un proceso a lo largo del cual se han aprobado más de una veintena de leyes que han modificado en mayor o menor medida el Estatuto de los Trabajadores, entre las que destacan además de la ya citada, el Real

[40] Introducidos por la disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento del empleo.

[41] Regulados por el art. 48.1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades.

[42] Se refiere a los regulados en el art. 20.1 y concordantes de la Ley 14/2011, de 1 de junio.

[43] En este sentido, por ejemplo, Speziali, Valerio, Ob cit.; pag 24

[44] Sobre el impacto económico de estas reformas ver: EuropeanCommission, *"Theeconomicimpact of selectedstructuralreformmeasueres in Italy, France, Spain and Protugal"*; Institucional Paper 023, Abril 2016.

Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva; la muy importante Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, o la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

A esto hay que añadir las disposiciones de rango reglamentario que han abordado, por ejemplo, la reforma del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (aprobado por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre); el contrato para la formación y el aprendizaje y establece las bases de la formación profesional dual (Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre); la reforma de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar (Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre), por señalar tan solo algunas de las más significativas disposiciones de la decena de normas de diferente rango que se han publicado.

La mayor parte de las disposiciones con rango legal se han integrado en los Reales Decretos Legislativos 2/2015 y 3/2015, ambos de 23 de octubre, por los que se aprueba los Textos Refundidos del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de Empleo.

Se trata, de un proceso de cambio que ha supuesto modificaciones sustanciales en cuanto a la rigidez contractual y la negociación colectiva, introduciendo el concepto de flexiseguridad como reconocía expresamente la exposición de motivos del Real Decreto- Ley 3/2012, de 10 de febrero. Por otra parte, la dimensión de la reforma y la urgencia con la que se ha abordado, ha provocado que haya sido necesario integrar lagunas normativas y que las dudas suscitadas por la nueva redacción de los preceptos hayan tenido que ser interpretadas por una doctrina judicial que poco a poco se va perfilando acercando el contenido de la reforma a la realidad social en la que debe ser aplicada con resultados que, en ocasiones, han sido discutidos por los distintos sectores socio-económicos afectados por la regulación.

5.2.2.Principales reformas en materia de protección del despido.-

En lo que se refiere al objeto de nuestro estudio, hay que partir de la idea de que la extinción de la relación laboral a instancias del empresario y al margen del periodo de prueba que se contempla para el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores que mencionamos en el apartado anterior, se mantiene, como no puede ser de otra forma al haber ratificado España el Convenio 158 OIT el principio de la causalidad en el despido, pero de un lado introdujo elementos que aumentan la viabilidad para el empresario de utilizar el despido por causas objetivas y, por otro, redujo considerablemente el coste de realizar los despidos calificados como improcedentes. En paralelo, se reformó el artículo 49 c) ET encareciendo el coste del despido en los contratos temporales, aumentando

el importe de la indemnización de ocho a doce días de salario por cada año de servicio.

Respecto del despido por razones objetivas por un lado, introduce con ciertas condiciones el absentismo como causa de despido objetivo, aun cuando las faltas de asistencia estén justificadas "*pero alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses constitutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses*", con independencia de cual sea el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo.

Se impone al empresario la carga de ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones que se hayan introducido en el proceso productivo para que pueda ser estimada la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo como causa de despido objetivo, pero esa misma exigencia, al mismo tiempo introduce un elemento objetivo que facilita la prueba en caso de efectiva inadecuación del operario a las nuevas necesidades del puestos de trabajo.

Por último, invirtiendo la presunción de improcedencia que traslucía la redacción precedente, la reforma parte ahora de considerar que "*la decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva*" y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en la propia norma. En otro caso se considerará improcedente[45].

En cualquier caso, se mantiene la previsión de "*la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan*" y la cuantía de la indemnización que alcanzará los veinte días por años de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

En el caso de los despidos improcedentes, la indemnización por despido viene regulada en el vigente artículo 56.1 ET, al establecer que "*cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades*". Se mantiene como derecho transitorio la regulación anterior que fijaba la indemnización en una cantidad equivalente al salario de cuarenta y cinco días por año, para aquellos trabajadores que hubieran iniciado su relación laboral antes de la fecha de entrada en vigor de la reforma, pero solo se beneficiaran de ese cómputo hasta fecha, pues desde ese día y hasta aquel en el que se produzca el despido, la indemnización se

[45] Estas exigencia formales han sido interpretadas de una manera rigurosa por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, ver STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 12 de mayo de 2015, Recurso 1731/2014. Ponente: Fernando Salinas Molina.

calculará con arreglo a la fórmula señalada y sin superar el importe máximo de veinticuatro mensualidades.

Finalmente, la norma exonera a la empresa de pagar los salarios de tramitación en aquellos supuestos en los que no se opte por la readmisión, salvo que el trabajador despedido tenga la condición de representante legal de los trabajadores o delegado sindical, en cuyo caso, el derecho de opción por la readmisión o la percepción de la indemnización corresponde al trabajador y, en cualquier caso, se deberán abonar los salarios de tramitación

5.2.3.- Despidos colectivos: El cumplimiento de las formas y la existencia de causas implican la conformidad a derecho de la decisión empresarial.

El control de legalidad de los despidos colectivos y demás medidas que pueden afectar a los trabajadores como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, ha pasado de la autorización por la autoridad laboral a un directo control jurisdiccional, tal y como ha reconocido la SSTC 119/2014 y 8/2015 y admiten con una u otra formulación las SSTS 20 de marzo de 2013, 27 de mayo de 2013, 18 de febrero de 2014, entre otras.

El principio de causalidad exige que ese control jurisdiccional debe partir de la exigencia de un juicio de razonabilidad en la decisión empresarial, sin que pueda admitirse la interpretación de que la reforma haya consagrado una facultad empresarial de extinción de contratos de trabajo mediando determinada causa legal, que esté exenta de los límites propios de cualquier otro derecho, constitucional y ordinario, y que pueda ser ejercida extramuros de la buena fe, de forma abusiva o antisocial.

La justificación del despido colectivo tiene que realizarse a través de tres pasos: a) acreditar la existencia de una situación económica negativa; b) establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquella provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo; c) mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad (SSTS 26 de marzo 2014, 17 de julio de 2014 y STS 23-9-2014). En este sentido, es importante justificar la relación existente entre la situación económica acreditada y el número de trabajadores afectados por el despido, sin que la determinación de una precaria situación económica pueda en si misma justificar el despido de cualquier número de trabajadores.

Un aspecto relevante de estos procesos es la documentación que ha de entregarse a los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas y las consecuencias del incumplimiento de las previsiones legales o reglamentarias. La doctrina jurisprudencial en este punto (SSTS de 27 de mayo de 2013, 18 de febrero de 2014, 21 de mayo de 2014, 18 de julio de 2014 o 25 de marzo de 2015, entre otras), establece que partiendo de que la finalidad del periodo de consultas es proporcionar a los representantes de los trabajadores información suficientemente expresiva para conocer las causas del despido y poder afrontar adecuadamente dicho periodo, lo que constituye exigencia derivada del Derecho comunitario (Directiva 98/59/CE del Consejo), es evidente que su incumplimiento por parte de la empresa puede llegar a viciar el procedimiento, si bien no todo incumplimiento

determina la nulidad del despido, sino sólo el que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada dado que los requisitos formales tienen un carácter instrumental, lo que obliga a que cada caso deba analizarse de manera singular.

Así pues, la nulidad del despido por esta causa ha de venir ligada a la carencia de garantías del derecho a negociar, pues el periodo de consultas no puede entenderse efectuado si la falta de información suficiente impide que sirva a los fines del art. 51 ET.

Por otra parte, resulta importante que dicho despido se comunique al trabajador a través de la correspondiente carta de despido donde se pormenorice la causa que motiva el despido. Así, la STS de 24 de febrero de 2015 establece que la existencia de un acuerdo de la Comisión negociadora *"no significa ni que ello implique una presunción de que concurren las causas justificativas de los despidos, ni que la decisión empresarial de proceder a dichos despidos no pueda impugnarse sin tratar de invalidar previamente o, al menos, simultáneamente ... el acuerdo por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho"* y, la STS de 15 de mayo de 2015 establece que *"la trascendencia de la determinación del contenido mínimo de la comunicación escrita empresarial en la que se procede a un despido con invocación de causas objetivas, estriba en la finalidad de evitar la indefensión del trabajador despedido que debe conocer de forma suficiente la " causa " del acuerdo empresarial de extinción para poder actuar en condiciones de igualdad en el proceso*". Así pues, sifaltan en la comunicación escrita de despido objetivo los datos mínimos exigibles en la descripción de *"la causa*" que lo motiva para proporcionar a la trabajadora demandante, ahora recurrente, una información suficiente para articular su defensa frente al despido, no bastando a estos efectos una referencia genérica al acuerdo alcanzado en la comisión negociadora, procede determinar la improcedencia del despido.

6.- DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA REFORMA DEL MODELO LABORAL ESPAÑOL.

6.1.-Planteamiento

Como recuerda GARCIA-PERROTE ESCARTÍN[46], la Constitución es la fuente primera y por antonomasia respecto de todas las demás fuentes, y goza de supremacía como norma jerárquicamente superior, fuente y validez de las a ella subordinadas. Por otra parte, los trabajadores son titulares de derechos fundamentales en ella recogidos tanto específicos como inespecíficos, así como también de otros derechos que no tienen directo reconocimiento constitucional sino que nacen de las normas que en virtud del principio de reserva de Ley se han dictado en materia laboral.

[46] Ob. cit. Pág. 37..

Los derechos de los trabajadores limitan el ejercicio de los poderes del empresario y se encuentran protegidos por la jurisdicción ordinaria, pero cuando tienen carácter fundamental afectan a la propia actuación del legislador y son susceptibles de protección por el Tribunal constitucional.

Ese control de constitucionalidad se ha verificado por nuestro Alto Tribunal respecto de diversos aspectos introducidos por las reformas laborales a las que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior[47]. Por lo que se refiere al objeto del presente trabajo, vamos a hacer una especial referencia a dos aspectos como son el periodo de prueba anual establecido para el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, y las causas justificativas de los despidos colectivos.

6.2. Período de prueba anual establecido para el contrato indefinido de apoyo a emprendedores.-

El periodo de prueba anual establecido para el nuevo contrato indefinido de apoyo a emprendedores tampoco vulnera para el TC el derecho a la negociación colectiva, a la no discriminación o a la tutela judicial, pues engarza con las políticas de pleno empleo, permite comprobar la viabilidad económica del concreto puesto de trabajo y está sujeto a diversas restricciones. Así, la STC 119/2014 considera que esta previsión cuestionada "*constituye una medida legislativa coyuntural adoptada en un contexto de grave crisis económica con una elevada tasa de desempleo; atiende a la legítima finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como medio para facilitar el empleo estable, lo que conecta con el deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE). En tal sentido, la ampliación de la duración del periodo de prueba en esta nueva modalidad contractual no sólo cumple la finalidad típica del periodo de prueba; además permite al empresario comprobar, en un contexto de crisis como el actual, si el puesto de trabajo ofertado con carácter indefinido es viable económicamente y por tanto sostenible. Se trata, en suma, de una medida dirigida a facilitar las decisiones de creación de empleo estable de las pequeñas y medianas empresas (que constituyen la inmensa mayoría del tejido empresarial español), reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial, en una coyuntura económica tan difícil y adversa como la actual*".

6.3. Causas justificativas de los despidos colectivos.-

Otro aspecto cuestionado en los recursos ha sido la definición que se realiza en la nueva redacción del precepto que reforma los despidos colectivos (art. 51.1 ET), cuando hace referencia a las causas "económicas, técnicas, organizativas o de producción" como justificativas del despido, que

[47] PÉREZ GÓMEZ, José Mª: "Sobre la constitucionalidad de la reforma laboral", en Revista Notario del Siglo XXI, nº 62, (julio-agosto 2015) pags. 56-60.

consideran que, por su indefinición -al suprimir la referencia anteriormente prevista la prueba de la concurrencia de la causa y a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva-, vulnera tanto el derecho a no ser despedido sin una justa causa (art. 35.1 CE), como el derecho a un control judicial efectivo sobre la causalidad del despido (art. 24.1 CE).

Para el Tribunal Constitucional (STC 8/2015), no puede afirmarse que el precepto impugnado haya consagrado un despido colectivo no causal, sino que ha continuado condicionando la decisión extintiva a la concurrencia *"fundada"* de una causa *"económica", "técnica", "organizativa"* o *"productiva",* cuyo contenido y alcance delimita, con el objeto de facilitar tanto la aplicación de la norma (por el empresario con los representantes legales de los trabajadores en el periodo de consultas), como el posterior control judicial de la decisión extintiva en función de las circunstancias concurrentes.

Considera el Alto Tribunal que la supresión específica de las referencias que hacía la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, a la prueba de la concurrencia de la causa y a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva, ni desdibuja las causas extintivas, ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial de cara a la adopción de la decisión sino, antes al contrario, suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones, podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica, de hechos negativos, por las dificultades para demostrar que la decisión extintiva servía "para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado" o "*para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma" en orden a favorecer "su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*".

La nueva redacción, para el TC no otorga mayor espacio a la discrecionalidad empresarial que la anterior en la adopción de una decisión extintiva, e impone al empresario un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores en el que debe entregarles no sólo "*una memoria explicativa de las causas del despido colectivo*", sino también "*toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo*" (art. 51.2 LET). De esta manera, la norma impugnada no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota a la definición de las causas extintivas de una mayor objetividad y certidumbre, al evitar la realización de juicios de oportunidad y valoraciones hacia el futuro de incierta materialización, sin perjuicio de que por los tribunales, como así ha sido en numerosos casos, se haya realizado un control efectivo de la legalidad del despido colectivo realizado[48].

[48] En este sentido ver la STS, Sala de lo Social, de 25 de marzo de 2015

7.- ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DE LA ESTABILIDAD DE EMPLEO EN EL ÁMBITO DE LAS MICROEMPRESAS

7.1.- Planteamiento y concepto de microempresa.

Como también ha apreciado ALVAREZ DEL CUVILLO[49], en la mayoría de los países europeos estudiados es relativamente frecuente que la protección se excluya o matice tanto para los trabajadores de escasa antigüedad como para los que prestan sus servicios en microempresas. El primer supuesto a tenido su acogida en derecho español a través del prolongado periodo de prueba incluido en el nuevo contrato de trabajo indefinido para emprendedores, el segundo nos obliga a realizar una referencia al concepto de microempresa y su acogida, más bien escasa, en el derecho laboral español.

Dentro de la categoría genérica de pequeña y mediana empresa (PYME), existen tres subcategorías, la microempresa, la pequeña empresa y la mediana empresa.

Si bien la legislación de cada país es la que aún debe fijar lo que se entiende por microempresa, existe en el ámbito una Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003[50], sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas donde se define a ésta como "*una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros"* (Art. 2.3). Además, la recomendación incluye una serie de reglas orientadoras para evitar que empresas de mayor tamaño puedan adoptar esta apariencia legal a fin de beneficiarse indebidamente de las posibles políticas públicas de fomento y apoyo.

Este concepto ha sido recogido parcialmente en el ámbito español a través de las Circulares del Banco de España.

La importancia de las microempresas en la economía y en la generación de empleo es muy importante, pues según el Informe OIT sobre "Pequeñas y medianas empresas y la creación de empleo decente y productivo", se calcula que en, en el ámbito de los países de la OCDE de altos ingresos, en año 2010 el 28% de las pequeñas y medianas empresas eran microempresas que operaban en la economía formal. El porcentaje crece hasta el 71% si nos referimos a las PYME que actúan en la economía informal.

[49] Ob. cit. Pag.290

[50] *Diario Oficial n° L 124 de 20/05/2003 p. 0036 - 0041*

7.2.- Su escasa recepción en el ámbito laboral.

En el ámbito internacional, la OIT aún no ha abordado el problema del empleo en las microempresas de manera específica y las incluye dentro del más genérico concepto de PYME, quedando por tanto bajo el ámbito de su Recomendación sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, 1998 (núm. 189)[51]. Esta falta de segmentación genera que no se haya estudiado suficientemente las necesidades de este tipo de empresas. Resulta evidente que entre una empresa de menos de diez trabajadores y otra de hasta 250, existe una diferencia de volumen determinante en cuanto a economías de escala y, entre otras cuestiones, posibilidad de acceso a una financiación adecuada y de cuadros profesionales cualificados para el cumplimiento de los aspectos regulatorios de las diferentes actividades.

Para la OIT una de las razones por las que es necesario profundizar en estos estudios, parte de considerar este ámbito de la actividad económica donde se concentra la denominada economía informal y de entender que uno de los principales retos surgen de la necesidad de hacer emerger de aquella a una parte relevante de las microempresas, pues resulta muy difícil poder garantizar y controlar cualquier nivel de protección mínimo de los trabajadores dentro de la economía informal o sumergida, y resulta mucho más factible poder hacerlo si esas mismas empresas actúan en la economía formal, por lo que aunque no se consiga alcanzar el mismo nivel de protección que tienen aquellos trabajadores que prestan servicios en empresas medianas o grandes, al menos se habrá conseguido mejorar la situación de muchos de ellos.

En el mencionado informe, al estudiar las políticas de apoyo a las PYME, éstas se definen como toda iniciativa pública concebida para promover las empresas existentes por debajo de un tamaño determinado. Las políticas de apoyo a las PYME pueden dirigirse a las empresas de forma directa o indirecta. Entre las políticas que se dirigen directamente a las PYME figuran, por ejemplo, los servicios de apoyo, financieros y no financieros, y la integración de las PYME en las redes de productores o cadenas de valor de mayor envergadura. Muy a menudo el apoyo indirecto adopta la forma de intervenciones destinadas a establecer un entorno más favorable para el desarrollo de las PYME, como la simplificación de los trámites de registro o de los regímenes tributarios, o el establecimiento de una reglamentación laboral diferenciada[52]. En el repetido informe se fundamenta la conveniencia de introducir y profundizar en estas políticas de apoyo y de hecho, en la Recomendación 198 OIT se hace reiterada mención a la conveniencia de estos estímulos.

Un ejemplo de reglamentación laboral diferenciada lo encontramos en Perú con la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (Ley Nº 28015), de julio de 2003, mediante la cual se reducen una serie de

[51] Adoptado en Ginebra, 86ª reunión CIT de 17 de junio de 1998

[52] Informe OIT sobre "Pequeñas y medianas empresas y la creación de empleo decente y productivo, Conferencia OIT 2015, pag. 27.

costos laborales a los empleadores de estas unidades económicas cuando contraten trabajadores, respecto de los costos que pagan las empresas más grandes. Inicialmente se trató de una medida temporal, que ante el buen resultado que generó se fue prorrogando hasta, al menos hasta 2013.

En España apenas ha tenido acogida el concepto de microempresa en el ámbito estrictamente laboral; existe esos sí, como política activa de empleo para la contratación de jóvenes, la posibilidad de que los autónomos o empresas de 9 trabajadores o menos puedan beneficiarse de incentivos a la contratación indefinida a jornada completa de jóvenes de menos de 30 años en situación de desempleo[53] que en la práctica supone fundamentalmente una exención del 100% de las cuotas de seguridad social de los trabajadores contratados. También la introducción del contrato indefinido de apoyo a emprendedores, que como ya señalamos en su momento afecta a empresas de hasta 50 trabajadores pudiera considerarse que está orientado en esa dirección. Sin embargo, ni siquiera en la determinación numérica del tamaño de las empresas a las que se refieren las medidas se corresponden con el concepto de "microempresa" recogido por la Comisión europea o por la OIT en sus informes.

8.- ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA EN MATERIA DE ESTABILIDAD Y PROTECCIÓN EN EL EMPLEO.

8.1. Propuestas de debate.

El estudio del derecho comparado nos permite poder sostener que, a pesar de las reformas ya incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, el sistema español de relaciones laborales es uno de los más tuitivos del trabajador en lo que se refiere a la protección frente al despido. Incluso, proporcionalmente, los trabajadores temporales en España suelen tener una indemnización por extinción del contrato más elevada que sus homólogos de los países de contraste y no están permitidas modalidades contractuales como los contratos de cero horas o el contrato ocasional de actividades accesorias vigentes en otros países europeos.

Sin embargo, como se ha visto en los gráficos que acompañan al informe, el coste que ese nivel de protección comporta se traduce en unas elevadísimas tasas de temporalidad que en el caso de los menores de 25 años, se pueden calificar de dramáticas. Por otra parte, a pesar de la evolución positiva reciente, seguimos teniendo una tasa de desempleo en torno al 18% de la población activa.

[53] Art. 10 Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo

A la vista de lo anterior cabe plantearse varias posibles líneas de actuación con el objetivo de profundizar en la introducción de medidas que tiendan a promover la contratación laboral y disminuyan la temporalidad, al mismo tiempo que pueden introducirse otras que permitan a los trabajadores temporales consolidar a largo plazo una cierta seguridad en caso de encontrar dificultades para encontrar trabajo tras encadenar diversos contratos temporales. Se trata de propuestas de debate sobre las que poder elaborar iniciativas que someter al debate de los interlocutores sociales.

8.1.- Relaciones laborales especiales en el ámbito de las microempresas.

8.1.1. Planteamiento.-

Se propone la posibilidad de estudiar e iniciar un proceso de diálogo con los sectores sociales para facilitar la aprobación de disposiciones que regulen una relación laboral especial en el ámbito de las microempresas o, alternativamente, diferenciación del nivel de protección en caso de despido entre contratos de trabajo suscritos entre trabajadores y empresarios individuales y microempresas, respecto de los suscritos entre trabajadores y empresarios a partir del nivel de pequeña empresa.

8.1.2.- Argumentos a favor

- Compatibilidad con lo existente en nuestro entorno europeo y existencia de precedentes legislativos en el derecho comparado: Como ya hemos visto a lo largo del trabajo, la mayoría de los ordenamientos jurídicos estudiados contemplan excepciones a las reglas generales de protección por despido en función del tamaño de la empresa. Así, en Italia el importe de las indemnizaciones es diferente en un caso que en otro; en Alemania las empresas de hasta diez trabajadores tienen un tratamiento diferenciado, cantidad que en Polonia asciende a las empresas de hasta veinte trabajadores.

Parece, pues, que se trata de una medida que no es extraña al resto del ordenamiento jurídico europeo, existiendo unas razones objetivas que, desde la óptica de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea podría justificar la adopción de estas medidas.

En todo caso, los despidos calificados como nulos o discriminatorios deberían suponer la readmisión o en su caso una indemnización.

- Instrumento para aflorar economía sumergida: En el ámbito de las microempresas el fenómeno de la economía sumergida o informal incide con particular virulencia y, si bien es cierto que el coste laboral derivado de las exigencias de la normativa laboral no es el único motivo que favorece que determinadas empresas permanezcan en el ámbito de la economía informal, la disminución del primero favorecerá en cierta medida la reducción de la segunda y, como ya señalamos en el epígrafe precedente, cualquier trabajador que se encuentre dentro del ámbito de la economía formal, estará en mejor posición para exigir sus derechos que si no lo está.

- Sustitución de incentivos para el empleo financiados con los propios recursos del sistema de seguridad social: Hasta ahora, en gran parte los

incentivos para favorecer el empleo se financian con cargo al presupuesto del Sistema de Seguridad Social. En teoría, las cantidades no ingresadas por el Sistema por este concepto, deberían ser suplidas por transferencias fiscales. Sin embargo, -hasta tiempos recientes- dado el superávit del que gozaba el sistema, era éste el que asumía el impacto de este tipo de políticas activas. En el momento actual, parece más necesario, adoptar otro tipo de políticas activas que favorezca la contratación de trabajadores y su alta efectiva en la Seguridad Social.

8.1.3 Inconvenientes.-

El más relevante es el de asumir que la consolidación de la diferente situación entre los trabajadores según presten servicio a empresas grandes o pequeñas, además de conciliar los conflictos de intereses que una medida de estas características pudiera provocar entre los diversos interlocutores sociales.

8.2. Unificación de las diversas modalidades contractuales en un único contrato de trabajo.

8.2.1.-Planteamiento.-

Una propuesta en línea con lo que sucede en alguno de los países europeos, se centra en el establecimiento de un contrato único que incluya a la mayoría de los actuales contratos temporales previstos en la Ley española. Lo cierto es que se trata de una propuesta sobre la que se lleva debatiendo en la sociedad española desde hace tiempo y tiene tantos partidarios como detractores, incluso entre aquellos que son partidarios de seguir introduciendo medidas de flexiseguridad.

En la inmensa mayoría de los ordenamientos estudiados los contratos temporales persisten a pesar de las reformas, en algunos casos con figuras tan peculiares como el "contrato de trabajo ocasional accesorio" en Italia o los contratos "*zerohours*" vigentes en el Reino Unido y Holanda. En este sentido, los contratos de sustitución o los contratos por obra o servicio determinado, no dejan de tener sentido. Sin embargo, la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[54] y las posibles interpretaciones a las que pudieran llegar los Tribunales, tal y como hemos visto más arriba[55] podrían alterar el planteamiento inicial.

En cualquier caso, a la vista de lo contemplado en el derecho comparado, a nuestro juicio, caben dos opciones:

1ª) Establecimiento de un único tipo de contrato de trabajo con un amplio periodo de carencia respecto a la posibilidad del trabajador de obtener indemnización por despido, durante el cual se puede producir el

[54] STJUE de 26 de septiembre de 2016, C-596/14

[55]Pagina 17 y 18 de este trabajo.

desistimiento unilateral por ambas partes durante determinado periodo de tiempo (entre uno y tres años), excepto en casos de despido discriminatorio. Tal vez pudieran fijarse plazos menores en caso de contratación de determinados colectivos que merecieran alguna suerte de discriminación positiva.

2ª) Estableciendo, un contrato único protegido por una indemnización creciente en función del número de años de duración del contrato con una misma empresa o grupo de empresas y que, en caso de despido por razones objetivas, supondría el abono de una indemnización, por ejemplo, equivalente, durante los dos primeros años, a doce días por año trabajado; durante el tercer año, a catorce días por año trabajado; durante el cuarto año, a dieciséis días por año trabajado; durante el quinto año, a dieciocho días por año trabajado; a partir del sexto año, veinte días por año trabajado, con un máximo de doce mensualidades.

Una consecuencia necesaria de la aplicación del principio de causalidad en el despido, se encuentra en la necesidad de sancionar los despidos sin causa legitima, los calificados en España como "improcedentes" o en Alemania "socialmente injustificados", salvo que exista una razón justificada que permita hacer una excepción en determinado tipo de contrato singular y específico. Así pues, debe mantenerse en estos casos una indemnización agravada que supondría incrementar en un 50% el importe de la que correspondiera por razón de la antigüedad, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Los despidos nulos o discriminatorios implicarían la readmisión o la extinción del contrato a voluntad del trabajador con derecho a percibir la indemnización aplicable a los despidos improcedentes.

En este caso, tomar como principal referencia el modelo danés nos resulta de poca utilidad para su importación en España, pues en él la reducción en la cuantía de la indemnización que ha de abonar el empresario, se sustituye por una gran intensidad de las prestaciones públicas por desempleo que pueden durar hasta cuatro años si se cumplen con los requisitos establecidos y que resulta, en su mayor parte, financiada vía impuestos. Parte de su éxito se debe a lo reducido de la población de ese país y extrapolar ese modelo a un país con una población como la española (más aún con nuestros actuales niveles de desempleo) sería fiscalmente inasumible.

Por otra parte, en un orden meramente práctico, otro problema que podría plantear este tipo de contrato, se encuentra en la tradicional doctrina de nuestra jurisdicción social, tan restrictiva a la hora de admitir la existencia de despidos por razones objetivas, a pesar incluso de las últimas reformas aclarando este concepto va a seguir planteando dudas, sobre todo cuando la causa no es económica.

8.3. Aplicación de la mochila austriaca: pros y contras

8.3.1 Planteamiento.-

La introducción de un modelo como el austriaco resulta muy atractivo desde varios puntos de vista: desde el punto de vista empresarial pues se produce una abstracción entre el acto del despido y el abono de la indemnización; esa misma razón podría generar como consecuencia una mayor "alegría" a la hora de contratar; por otro lado, la posibilidad de consolidar los capitales derivados de este sistema puede también resultar atractivo para el sistema financiero.

8.3.2.-Supuestos en los que cabría introducirla..-

La mochila austriaca, técnicamente denominada "seguro obligatorio de resarcimiento por despido" supone para el empresario trasladar a un tercero el riesgo de, en momento dado, tener que abonar una indemnización por despido. Esta circunstancia facilita la posibilidad de poder tomar la decisión del despido cuando por circunstancias económicas, organizativas o de la producción pudiera ser interesante prescindir de uno o varios trabajadores sin tener que asumir el esfuerzo de liquidez de tener que afrontar unas indemnizaciones relevantes de golpe. Al mismo tiempo, la supresión de esa dificultad para poder reaccionar con flexibilidad a las circunstancias del mercado supone suprimir un inconveniente a la hora de decidir contratar a un trabajador.

Sin embargo, este instrumento no puede convertirse en un elemento más de desequilibrio entre la posición del trabajador y la del empresario que facilite que aquel se vea obligado a aceptar condiciones de trabajo más onerosas que las establecidas en la Ley bajo la amenaza de un despido sin coste para el empresario.

En consecuencia, en el derecho español solo podría admitirse en aquellos casos en los que, aún existiendo una causa lícita, la Ley prevea una indemnización (despido por razones objetivas). Cuando el despido se realiza sin causa, nos encontramos ante una actuación ilícita del empresario que genera unos daños y perjuicios que merecen ser indemnizados en los importes previamente tasados por el legislador.

Desde nuestro punto de vista, el capital generado con el seguro obligatorio de resarcimiento por despido, solo liberaría al empresario en caso de que la causa fuera aceptada como lícita por el trabajador o así considerada por el tribunal en caso de litigio.

8.3.3. Posibles actores en caso de incorporación al derecho español de este modelo

La traslación al derecho español de esta figura se podría realizar estableciendo legalmente la obligación de suscribirlo para todos los contratos de trabajo, con las excepciones que en su caso se consideren pertinentes.

En cuanto a los elementos subjetivos del contrato de seguro, serían los habituales: el empresario como tomador del seguro; el asegurado sería el trabajador, pudiendo designar como beneficiarios a sus herederos, en caso de fallecimiento. En cuanto a la posición aseguradora, se repartirían los papeles entre la TGSS que estaría encargada de la recaudación de las cuotas: la TGSS y los entes encargados de gestionar el fondo, rol que en nuestro caso, perfectamente podrían asumir las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social.

8.3.4. Elementos objetivos del modelo

- La prima: En Austria la prima es de un 1,53% sobre el salario integro del trabajador. Sin embargo la capitalización de esa prima en términos anuales tan solo alcanzaría para una indemnización equivalente a un salario de entre 6 y 7 días por año trabajado[56]. Con una prima de esta naturaleza, serían necesarios aproximadamente tres años de cotización para capitalizar una cantidad equivalente 20 días de salario. Para alcanzar una protección semejante a la que ahora se tiene en España en los despidos objetivos desde el primer año sería necesario incrementar la prima a un 4,59% del salario bruto.

Este problema puede abordarse de varias maneras que ahora tan solo esbozamos:

a) por un lado optando por rebajar la protección a esos niveles, lo que socialmente sería poco aceptable y difícilmente asumible en un proceso de negociación con los interlocutores sociales;

b) incrementando la prima hasta el mencionado 4,59% durante toda la vida del contrato, lo que supondría un esfuerzo de cotización al empresario tan importante como difícil de asumir.

c) fijar una cotización inicial del 4,59€ que se mantendría durante los primeros tres años de la duración de la relación laboral y que de manera lenta y progresiva fuera disminuyendo a medida que el contrato tuviera una mayor duración, de tal manera que una vez se alcanzara una indemnización equivalente a la máxima actual (18 años de contrato), la aportación por este concepto fuera meramente testimonial, teniendo en cuenta que esas aportaciones ya incrementarían una indemnización relevante a la que habría que añadir los rendimientos acumulados. Habrá que hacer cálculos actuariales para establecer una escala de primas sostenible para el sistema y que incidiera en una mayor estabilidad en el empleo.

d) adoptar soluciones intermedias, de manera que el trabajador no pierda cuantía de la indemnización, pero que una parte de ella sea sufragada por la aseguradora y la parte restante hasta la establecida legalmente la asuma el empresario. En este caso, se pierde gran

[56] Cálculo realizado con arreglo al siguiente cálculo: (1,53% x100 (salario mensual)) x 14 (número de pagas)/ (100 salario mensual/30 número de días del mes) = 6,43.

parte de su valor como incentivo para la creación de empleo que pudiera suponer.

- La contingencia: Viene determinada por el hecho que da lugar a que el trabajador pueda hacer efectiva su indemnización. En este sentido, parece conveniente aceptar los supuestos previstos también en la legislación austriaca: Extinción procedente o improcedente del contrato de trabajo por decisión de cualquiera de las partes, con respeto -en caso de decisión del trabajador- de los periodos de preaviso establecidos legal, convencional o contractualmente, incluso en caso de cese en el puesto de trabajo por pasar a la condición de pensionista jubilación o incapacidad permanente.

Se debe limitar al trabajador la posibilidad de hacer efectivo el capital acumulado y sus rendimientos en aquellos supuestos en los que se acredite que ha actuado de buena fe y exceptuando los supuestos de suspensión del contrato por incapacidad, maternidad, paternidad, lactancia o excedencias que den lugar a la reserva en el puesto de trabajo. También puede hacerlo efectivo en caso de cese por jubilación y sus herederos en caso de fallecimiento.

Como ya señalamos anteriormente, el empresario no podría liberarse de su obligación de indemnizar en los casos en que la causa del despido no se repute lícita pero en caso de que el despido se declare improcedente, podría establecerse que el empresario solo será directamente responsable de la cantidad resultante de restar a la indemnización por despido improcedente, el importe de la parte del capital acumulado por el trabajador debida a sus cotizaciones.

- Importe de la indemnización: vendrá determinado por el conjunto de las aportaciones realizadas y los rendimientos que hubieran generado por la gestión realizada por el ente gestor. El Estado actúa como servicio de reaseguro en caso de insolvencia del ente gestor, pero solo respecto del capital derivado de las cotizaciones, no de los posibles rendimientos que se hayan venido acumulando

- Carencia: El modelo austriaco plantea una carencia de 36 meses de cotizaciones, lo que tiene cierta lógica pues para que la indemnización tenga cierta entidad con una cotización tan baja es necesario acumular una serie de cotizaciones importante.

8.3.5 Ventajas e inconvenientes del modelo.-

- Ventajas para el empresario: Al ser un tercero quien asuma la obligación del abono de la indemnización, la ventaja principal consiste en que el posible despido se planifica desde el momento mismo de la contratación, no siendo la asunción sobrevenida de su coste un elemento que desincentive la contratación. Este mecanismo sería particularmente útil en el caso de despidos colectivos y facilitará la posibilidad de adaptación de las empresas a los cambiantes entornos económicos, tecnológicos y de mercado que rigen la economía moderna.

Por otra parte, en situaciones de estabilidad o crecimiento económico, el establecimiento de una prima descendente para los trabajadores más antiguos establece un horizonte de disminución de costes laborales por ese concepto que puede alentar, en combinación con otros factores la permanencia en el empleo del personal.

- Ventajas para el trabajador: El trabajador va a percibir no solo una cantidad tasada, sino también los rendimientos acumulados a lo largo del tiempo.

Hay que tener en cuenta que este mecanismo de protección no sustituye al subsidio contributivo por desempleo, por lo que la decisión de rescatar el capital va a ser del trabajador. Y tampoco tiene por qué establecerse un determinado momento para hacerla efectiva, basta con haber cumplido con los requisitos de carencia y haberse extinguido una relación laboral y no haber iniciado una nueva. Esto permitiría la utilización de esta indemnización también para abordar una potencial inversión emprendedora.

En supuestos de movilidad laboral voluntaria el sistema ha de permitir que el trabajador pueda ir con su mochila de una empresa a otra, lo que les protege para el supuesto de ser despedidos durante el periodo de prueba.

El establecimiento de primas iniciales más elevadas que luego desciendan, constituye un aliciente para que el empresario adopte políticas de retención del talento, pues sustituir a un trabajador puede llegar a suponer un incremento de coste mayor a medida que aumente la antigüedad que tenga el trabajador saliente.

La posibilidad de rescatar el capital al tiempo de jubilarse, puede constituir en caso de carreras profesionales largas y poco interrumpidas, un complemento para la pensión de jubilación, lo que teniendo en cuenta la actual incertidumbre en esta materia, puede llegar a ser muy interesante.

- Inconvenientes: Sin embargo, como todo sistema, tiene posibles inconvenientes. De una parte, dado la naturaleza causal del despido en nuestro derecho, esa abstracción del despido respecto de la indemnización solo puede operar en caso de despidos basados en una causa lícita como son los despidos de carácter objetivo, nunca en el caso de los despidos nulos, discriminatorios o improcedentes;

Teniendo en cuenta el elevado importe de nuestras indemnizaciones, las cotizaciones necesarias para mantener un nivel de protección semejante serían muy cuantiosas, lo que unido al resto de cotizaciones sociales y conceptos de recaudación conjunta devendría en un encarecimiento del coste laboral que podría resultar contraproducente.

Por otro lado, pretender introducir el modelo con una cotización como la existente en Austria en estos momentos generaría un profundo rechazo social al reducir de forma sensible la protección del trabajador en caso de despido.

8.4. Propuesta alternativa en caso de supervivencia de los contratos temporales: Aplicación de la mochila austriaca para cubrir la protección en caso de extinción del contrato de los trabajadores temporales.

Una posible solución al dilema planteado por la repetida sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2016 (C-596/14) pudiera llevarse a cabo con una introducción limitada de este mecanismo para la protección de los trabajadores temporales en caso de despido. Son varias las ventajas que se vislumbran en este sentido:

Por una parte, en caso de concatenaciones frecuentes de contratos temporales, permite ir acumulando un capital que da una estabilidad al trabajador frente a la situación de desempleo potencial semejante a la de un trabajador indefinido.

Por otro lado, el incremento del coste laboral derivado de la introducción de este nuevo concepto de recaudación podría actuar como un incentivo para la conversión de los contratos temporales en indefinidos.

En caso de que el trabajador consiguiera un empleo de duración indefinida, aún cuando no se imponga al empresario en este tipo de contratos indefinidos la carga de una cotización adicional, el capital acumulado seguirá generando intereses y podrá ser rescatado por el trabajador, bien si se llega a producir un despido, bien cuando se produzca su jubilación o su baja por haber sido declarado afectado por una incapacidad permanente.

Añadir finalmente, que serían de aplicación gran parte de las consideraciones que ya reseñamos en el apartado anterior respecto a la introducción de la "mochila austriaca" con carácter general.

alde
ALIANZA DE LOS LIBERALES Y DEMÓCRATAS POR EUROPA

¿ES EL CONTRATO ÚNICO INDEFINIDO LA SOLUCIÓN A LA PRECARIEDAD LABORAL?

ORGANIZA:
ENRIQUE CALVET CHAMBON
EURODIPUTADO ALDE

VIERNES 27 DE ENERO 2017
MADRID. OFICINA DE INFORMACIÓN
DEL PARLAMENTO EUROPEO