

Antonio Alvarez del Cuvillo

PROFESOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

15/07/2010

¿Luchar contra la temporalidad?

1. En el preámbulo del Decreto-Ley por el que se establece la reforma laboral **se asegura que se pretende luchar contra la “dualización” del mercado de trabajo español**. Esta dualización se relaciona con las diferencias entre trabajadores “temporales” e “indefinidos”. La estrategia general parece clara: de un lado, como hemos visto en las entradas anteriores, se reduce la estabilidad en el empleo de los trabajadores con contrato indefinido; de otro lado, se pretende dificultar la realización de contratos temporales. De este modo se pretende romper la inercia que lleva a los empresarios a pactar contratos temporales por defecto.

De las entradas anteriores se deduce que la precarización del empleo indefinido ha sido un éxito rotundo. La pregunta es ¿se ha conseguido, al mismo tiempo, reducir la dualización del mercado de trabajo?

2. Para empezar, creo que **es más apropiado hablar de “segmentación” del mercado de trabajo que de “dualización”**. La segmentación es la división del mercado de fuerza de trabajo en una serie de “segmentos” relativamente independientes donde las condiciones de trabajo y las oportunidades laborales son muy distintas. En el mercado de trabajo hay más de dos segmentos y los distintos segmentos que podríamos distinguir no están completamente cerrados.

3. En segundo lugar, creo que **es un error confundir la segmentación del mercado con la dicotomía entre contrato indefinido/contrato temporal**. Esta distinción es especialmente importante en España, pero se trata simplemente de uno de los modos en los que se ha articulado jurídicamente la segmentación, que es una realidad social y económica “antes” que jurídica.

4. Uno de los elementos más importantes a través de los cuales se manifiesta la segmentación en el mercado de trabajo Español es **la antigüedad en la empresa**. Este rasgo es fruto de una serie de decisiones políticas en las que ahora no puedo detenerme. La importancia de la antigüedad se ha concretado jurídicamente en dos instituciones: el **abuso de los contratos temporales** y la **dependencia absoluta de la antigüedad en las indemnizaciones por despido**.

5. A grandes rasgos, el uso y abuso de los contratos temporales deriva de tres tipos de situaciones: a) **las necesidades “realmente” temporales de la empresa**; b) la **ejecución de contrataciones** en el contexto de la descentralización productiva; c) los **contratos temporales en fraude de ley**.

Ciertamente, la economía española depende mucho de sectores con altas tasas de temporalidad “real”, pero, aún así, los datos parecen indicar que el grueso de la contratación temporal se refiere a los supuestos b) y c). El supuesto b) está admitido por la jurisprudencia, lo que ha supuesto una legalización del abuso. Si cualquier contrata se considera automáticamente como una “necesidad temporal”, resulta que hay empresas que podrían tener a casi toda su plantilla “permanente” con contratos temporales sin problemas, dado que hoy en día la producción se organiza de manera descentralizada y las empresas a menudo trabajan para otras empresas, no directamente para el consumidor.

6. Para limitar realmente la temporalidad, debería haberse prohibido expresamente el vínculo automático del contrato de obra o servicio con la ejecución de una contrata [supuesto b)], aún reconociendo como causa de despido la pérdida significativa de contrataciones con otras empresas (que en realidad estaría dentro de las causas empresariales normales).

7. En segundo lugar, debería haber atajado la temporalidad fraudulenta [supuesto c)]. Seguramente, la mayoría de los contratos temporales firmados en España son fraudulentos. ¿Qué sucede si el contrato se termina y el trabajador reclama? Pues que se aplican las consecuencias del despido improcedente. Pero muchas veces al trabajador no le compensa reclamar el despido porque las indemnizaciones dependen de la antigüedad y son muy bajas. Así pues, en mi opinión, **la manera más eficaz de combatir la temporalidad fraudulenta, además de clarificar la causa, es poner un tope mínimo a las indemnizaciones por despido improcedente.**

Sin embargo, lo que ha hecho el Gobierno es fomentar la indemnización de 33 días y regalarle a los empresarios 8 días de indemnización por despido improcedente a través de un fondo público. **Reduciendo la indemnización por despido improcedente se fomenta la temporalidad fraudulenta.** Tengo la sospecha de que los economistas que han asesorado al Gobierno han dado por supuesto que el coste de extinción de un contrato temporal fraudulento es de 8 días de salario por año, cuando en realidad es de 45 días de salario por año, de manera que el problema es que no hay un tope mínimo que garantice la dignidad del trabajador de poca antigüedad.

8. ¿Qué ha hecho entonces el Gobierno? Como ha señalado el profesor Sanguinetti, no se ha afrontado el problema de raíz, sino de manera oblicua: aumentando el coste de la extinción (ajustada a derecho) de los contratos temporales y limitando el encadenamiento de contratos o la duración “excesiva” de éstos. Aparte de que estas medidas son muy suaves, comparadas con el enorme abaratamiento del despido, una vez más, **no hacen distinción entre el empresario que cumple la ley y el que la incumple**, da igual tener la razón o no tenerla. La lógica jurídica una vez más se ve difuminada por el mero cálculo de costes.

9. La extinción (legal) de los contratos temporales pasará (supuestamente) de 8 a 12 días de salario por año de servicio. Digo supuestamente porque el incremento está previsto de manera progresiva, a lo largo de un período de unos 5 años (¡vivan los decretos-ley de medidas “urgentes”!). De momento, no se va a notar nada. Si dentro de 5 años no se ha derogado, **la diferencia final será poco significativa para un trabajador de poca antigüedad** (¡4 días de salario por año!). En todo caso, **se “castiga” por igual al empresario “cumplidor” -que tiene una necesidad temporal que cubrir- que al que contrata fraudulentamente.**

10. Debajo de este incremento aletea claramente la propuesta del “contrato único”. Por un lado se facilita al máximo el despido procedente (20 días por año), por otro lado, el Fogasa otorga 8 días. $20-8=12$. Si nos referimos un contrato pactado dentro de 5 años, donde, por tanto, la indemnización de los contratos temporales sea de 12 días, el coste de la extinción sería el mismo en los dos casos (porque, además, el preaviso del despido, que se suele pagar en metálico se ha equiparado a los 15 días de preaviso de extinción de contratos temporales de más de 1 año).

Yo creo que esta medida **sí que va a incentivar hasta cierto punto** -dentro de mucho tiempo- **la celebración de contratos indefinidos, a costa de precarizarlos**. Pero es un mundo de apariencias, no de realidades, porque lo que le importa a los trabajadores no es la modalidad contractual, sino la estabilidad real. **Se olvida que el coste de la extinción de lo que realmente depende es de la antigüedad en la empresa**. Los trabajadores de escasa antigüedad, temporales o indefinidos, se encuentran igualmente desprotegidos.

De hecho, lo que puede pasar perfectamente es que **muchos empresarios pacten contratos temporales, pero luego decidan optar por el despido procedente en lugar de esperar al plazo previsto o al cumplimiento del término**. De este modo, el plazo pactado en el contrato pierde su sentido de aportar una cierta seguridad sobre su duración. Da igual que se haya pactado un contrato temporal o indefinido. Otra vez el contrato único.

11. Hay un posible efecto secundario adicional. Es posible que el empresario que contrató fraudulentamente, por pura inercia pague al trabajador los 12 días por año. Se reduce levemente la diferencia con respecto a lo que podría conseguir el trabajador reclamando (33 o 45 días contando los 8 del Fogasa). Esta reducción de la diferencia entre la cantidad percibida y la que se podría obtener si se va a juicio puede desincentivar el planteamiento de demandas, aunque el efecto no parece muy grande.

12. La segunda línea del legislador ha sido limitar la duración de los contratos temporales. En primer lugar, se ha “mejorado” la norma introducida en el año 2006 que limitaba la duración del encadenamiento de contratos temporales; esta norma no funcionaba bien debido a que era muy fácil escapar de ella y ahora se ha arreglado este problema. Si bien en la mayoría de los casos estos supuestos de encadenamiento de varios contratos temporales hasta cubrir 24 meses son fraudulentos, cuando esto no sea así, el empresario será “castigado” por el ordenamiento. Me parece bastante más oportuna la estrategia que he señalado antes, consistente en reforzar la causalidad de la contratación temporal. Más allá de esto, la medida no es especialmente criticable, pero resulta insuficiente. Primero, porque los trabajadores de escasa antigüedad siguen estando desprotegidos. Segundo, porque no hay encadenamiento si hay un sólo contrato de obra o servicio, fraudulento o vinculado a una contrata que se va renovando continuamente.

13. Para evitar esto último se establece un nuevo límite absoluto, de 3 años ampliable a 4 por convenio colectivo. **En la inmensa mayoría de los casos, cuando un contrato temporal llega a 3 o 4 años es claramente fraudulento** (o se trata el supuesto abusivo pero permitido de las contratas). ¿No es un poco absurdo suponer que 3 años es una necesidad temporal de la empresa? ¿Por qué esperar a esa fecha para hacerlo indefinido?

14. El problema, una vez más, es que **se ha dejado desprotegidos a los trabajadores de escasa antigüedad** porque el nivel de protección vuelve a estar basado en este rasgo. Si es

cierto que el contrato temporal es fraudulento, cuando el trabajador lleva 3 o 4 años en la empresa es quizás cuando comienza a resultar rentable reclamar judicialmente la improcedencia del despido. Desde otro punto de vista, podría suceder que el empresario que hubiera contratado fraudulentamente (con una percepción incorrecta de la indemnización que corresponde) decidiera deshacerse de sus trabajadores antes de que se volvieran indefinidos, incentivando la rotación involuntaria.

15. En algunos casos podría resultar que un contrato de más de 4 años se correspondiera con una verdadera necesidad. Tal sería el caso de las obras y servicios con autonomía y sustantividad propia, de ejecución limitada en el tiempo pero muy prolongados, como quizás podría suceder con una obra de construcción o un proyecto de investigación. En estos casos, una vez más, se “castiga” al empleador que cumple con la legalidad. Si bien hay que tener en cuenta que el abaratamiento del despido disminuye el efecto del castigo y que parece haberse establecido una ambigua forma de huida a través de la disposición adicional primera.

16. Por supuesto, uno de los empleadores que más abusa de la contratación temporal sin causa, la Administración Pública, va a seguir “pasando olímpicamente” de las previsiones legales de conversión en indefinidos, como explícitamente se viene a decir (no con estas palabras, claro), en el texto de la reforma. Indefinidos, pero no fijos. Dadas las elevadas tasas de contratación temporal en la Administración, debería haberse atajado este problema.

17. Un último apunte, los efectos transitorios de la reforma lo que hacen es producir una multiplicidad de “tipos de contrato” con distintos niveles de protección del empleo. y por tanto, distintas grupos de trabajadores con distintas posiciones de poder frente al empresario : 45 días/año, 33 días/año, 37 días/año, 25 días/año, 8 días/año, 9 días/año, 10 días/año, 11 días/año, 12 días/año. Tal vez este caos de niveles de protección acabe con la “dualización”, pero respecto a la “segmentación” no estoy tan seguro que sea tan apropiado dividir a los trabajadores en una multitud de castas. Por supuesto, los más antiguos siguen siendo los más beneficiados. En todo caso, por debajo de todas estas indemnizaciones sigue estando la antigüedad (y el salario) como criterio determinante -en la práctica- de la “justicia” o de la “injusticia” de las decisiones empresariales. ◆