



# ANÁLISIS FUNCIONAL DEL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN POR TIEMPO INDEFINIDO EN LA REFORMA DE 2006

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

*Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad Carlos III de Madrid

*Por esta razón, la imagen de la Justicia en sus tribunales está representada con [...] una bolsa de oro abierta en la mano derecha y una espada envainada en la izquierda, con que se quiere mostrar que está mejor dispuesta para el premio que para el castigo.*

JONATHAN SWIFT, *Viajes a varios lugares remotos del planeta*  
(«Los viajes de Gulliver»)

## EXTRACTO

El objeto del presente trabajo no es tanto resolver los posibles problemas hermenéuticos de las medidas de fomento del empleo previstas en la última reforma laboral como realizar una primera aproximación al estudio de su efectividad en aras de conseguir el objetivo pretendido de fomentar el empleo estable y, en particular, de promover la eficacia de las normas laborales que establecen la preferencia por la contratación indefinida y la causalidad de la contratación temporal. Decimos que se trata de una primera aproximación, puesto que sólo transcurrido un tiempo prudencial podrán obtenerse datos empíricos relativos al grado de éxito de los propósitos de los negociadores y del legislador; aún así, los datos —sean positivos o negativos— deben ser analizados en un marco teórico adecuado, para tener en cuenta si otros factores distintos del cambio legislativo han podido ser más significativos que éste.

Desde una perspectiva jurídica (pero con la necesaria apertura interdisciplinar), este marco teórico se podría sustentar en el «análisis funcional del Derecho»: esto es, en la identificación de los distintos objetivos o finalidades de las normas, la jerarquización y contraposición de las diversas finalidades que operan al mismo tiempo, la valoración técnica del ajuste de los medios empleados a los objetivos perseguidos y el estudio de los efectos secundarios indeseados de las medidas previstas. Así pues, en este estudio hemos pretendido aplicar esta técnica a las medidas orientadas al fomento de la contratación indefinida.

No parece que esta reforma vaya a constituir la solución definitiva al problema estructural de la inestabilidad en nuestro mercado de trabajo; aún así, hemos identificado algunas mejoras técnicas que podrían aportar algo más de eficacia a un conjunto de medidas, que, por lo demás, no es especialmente novedoso en términos esenciales. También hemos encontrado algunas disfunciones, como las derivadas del mantenimiento del contrato de fomento de la contratación indefinida en una situación de ambigüedad, o las generadas por una cierta superficialidad de la perspectiva de género en lo que refiere a la finalidad de redistribuir el empleo estable para evitar que la precariedad del empleo se concentre en los grupos más desfavorecidos.

## ÍNDICE

1. EL DESAFÍO DE LA INESTABILIDAD
2. EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA COMO RESULTADO DE LOS CONDICIONAMIENTOS ESTRUCTURALES DEL ACUERDO
3. LA REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE DESPIDO COMO INCENTIVO
  - 3.1. El «problema» de los costes de despido
  - 3.2. El contrato para el fomento de la contratación indefinida
4. LA «BOLSA DE ORO ABIERTA»: BONIFICACIONES A LOS CONTRATOS INDEFINIDOS
  - 4.1. La eficacia de las bonificaciones
  - 4.2. El reparto del fomento: problemas de la distinción positiva
5. LA CONVERSIÓN DE LOS CONTRATOS TEMPORALES Y SUS CONTRADICCIONES
6. CONCLUSIÓN

## 1. EL DESAFÍO DE LA INESTABILIDAD

Resulta innecesario insistir en que la inestabilidad en el empleo —manifestada fundamentalmente en las altas tasas de temporalidad— constituye un problema estructural de enorme significación en el mercado de trabajo español. Desde luego, las comparaciones internacionales deben acogerse con cierta cautela<sup>1</sup>, puesto que distintos sistemas jurídicos pueden desplegar mecanismos diversos (formales o informales) de precarización del empleo en aras a la obtención de flexibilidad desde la perspectiva empresarial, pero, aún así, parece evidente que las altas tasas de temporalidad resultan sumamente preocupantes. Esta inestabilidad es el reflejo de un modelo de competitividad, que se ha dado en llamar —de manera muy gráfica—, «flexibilidad en los márgenes»<sup>2</sup>, firmemente asentado en la cultura empresarial española. Seguramente hay que buscar las razones que explican la cristalización de este modelo productivo en las estrategias concretas de adaptación a la crisis económica y al problema del desempleo asumidas durante los años 80<sup>3</sup>; en este caso, la regulación jurídica (en particular, la permisión de la

<sup>1</sup> En este sentido, «Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas», Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social, 31 de enero de 2005 (en adelante, Informe de la Comisión de Expertos) pág. 112.

<sup>2</sup> TOHARIA CORTÉS, L., «El modelo español de contratación temporal», *Temas Laborales*, núm. 64, 2002, *per totum*, especialmente, págs. 118 y 126; se refiere, asimismo a la «flexibilidad en el margen», caracterizándola como un modelo de flexibilidad asimétrico, el Informe de la Comisión de Expertos, pág. 19.

<sup>3</sup> Si bien puede apreciarse que existía desde el período franquista una importante tradición relativa a la segmentación del mercado de trabajo, aunque en aquel momento dicha segmentación no se sustentaba fundamentalmente sobre la estabilidad del vínculo contractual; *Vid.*, BABIANO MORA, J., *Paternalismo industrial y disciplina fabril en España (1938-1958)*, CES, Madrid, 1998, págs. 25-33.

contratación temporal acausal), si bien impulsada por las presiones económicas y condicionada por el contexto sociopolítico, jugó un importante papel en la consolidación de esta «flexibilidad en los márgenes».

Ahora bien, no obstante el protagonismo de las normas jurídicas en la génesis de la «cultura de la temporalidad», no parece probable que esta realidad vaya a alterarse sustancialmente mediante el exclusivo recurso a la reforma legislativa<sup>4</sup>. Prueba de ello es la persistencia del modelo a pesar de las reformas laborales de los años 90. Así, por ejemplo, ni la flexibilización de la causa de despido por causas empresariales, ni el retorno formal a la causalidad en la contratación temporal han conseguido impulsar un cambio radical en las estrategias de los empleadores. A estos efectos, resulta especialmente llamativo el hecho de que la exigencia —teórica— de una causa prevista por la ley para celebrar un contrato temporal no ha reducido significativamente el recurso masivo a estas modalidades «atípicas»<sup>5</sup>; de un lado, porque se han aprovechado los resquicios de la legalidad (como la permisón del contrato de obra o servicio determinado para las contratas, combinada con el recurso a la descentralización), de otro lado, porque, al parecer, se han incumplido masivamente las previsiones normativas.

De ello se deduce que las estrategias actuales de los empleadores españoles se hallan intensamente condicionadas por la evolución histórica de nuestro mercado de trabajo (se trata del fenómeno conocido como *path-dependence* o «dependencia de la trayectoria»), de manera que resulta sumamente difícil revertir el proceso, aunque desaparezcan las circunstancias que originariamente habían impulsado las estrategias adaptativas de los empresarios (como la rigidez de las causas de despido económico). La propia circunstancia de que la generalidad de los empleadores haga intenso uso y abuso de la contratación temporal estimula la reproducción del modelo —esto es, el empresario individualmente considerado se ve condicionado por lo que

<sup>4</sup> «[...] si bien el sistema jurídico desempeñó un papel determinante en el surgimiento y asentamiento del modelo, es muy probable que los mecanismos de ajuste económico que se pusieron en marcha no sean tan fáciles de deshacer simplemente retrotrayendo la norma jurídica a su situación anterior», TOHARIA CORTÉS, L., *op. cit.*, «El modelo...», pág. 135.

<sup>5</sup> Por todos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., y MORÓN PRIETO, R., «Bonificaciones sociales y contrato de fomento de la contratación indefinida en el marco de la política de empleo: las reformas de 2001 (Leyes 12 y 24/2001 y RDL 16/2001), *Relaciones Laborales*, I-2002, pág. 606; CRUZ VILLALÓN, J., «Los instrumentos de fomento de la contratación indefinida», en AAVV (coord. MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ Y MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE), *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva: la reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, pág. 147; Informe de la Comisión de Expertos, pág. 125; recientemente, DE LA VILLA GIL, L.E., «¿Acabar con el trabajo precario, I? Notas de urgencia a la reforma laboral de 2006, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 11, pág. 2.

hacen los demás—, lo que produce «fallos de coordinación» que en último término derivan en disfunciones sociales y económicas<sup>6</sup>.

Los efectos perniciosos para el conjunto de la sociedad de este modelo competitivo son muy variados, y afectan a intereses diversos<sup>7</sup>. Algunos de estos efectos negativos presentan una clara dimensión jurídica: de un lado, el incumplimiento generalizado de las normas sobre causalidad en la contratación temporal, o la «huida legal» de ellas, suponen una clara deslegitimación de estas previsiones, así como del ordenamiento laboral en su conjunto; de otro lado, la preferencia legal por la contratación indefinida<sup>8</sup> queda notablemente distorsionada por la inversión de la regla en el plano de la realidad empírica.

En este contexto en el que la elevada temporalidad produce resultados perniciosos para la sociedad —incluso, en algunos casos, para los propios empresarios—, tanto las cúpulas de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal como el Gobierno han manifestado claramente en los últimos años —especialmente desde el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo de 1997— su preocupación por la temporalidad excesiva o inadecuada, así como su apuesta por una mayor estabilidad en el empleo. En el proceso negociador de la reforma laboral de 2006 esta cuestión ha estado presente desde el principio: en la Declaración para el Diálogo Social de 2004<sup>9</sup> las partes estaban de acuerdo en considerar el alto nivel de temporalidad como un problema fundamental del mercado de trabajo español, lo que no ha impedido que existieran profundas discrepancias en lo que refiere a los medios más oportunos para superar esta situación disfuncional. En el texto final del Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo firmado el 9 de mayo de 2006 por el Gobierno, CCOO, UGT, CEOE y CEPYME (en adelante AMCE), son

<sup>6</sup> Informe de la Comisión de Expertos, pág. 127; TOHARIA CORTÉS, L., «El modelo...», *op. cit.*, pág. 138.

<sup>7</sup> Por ejemplo, problemas relativos al bienestar y las condiciones de vida y trabajo de la población asalariada, dificultades para la prevención de riesgos laborales, retraso en la independencia de los jóvenes y en la natalidad, posible desincentivo a la participación femenina en el mercado de trabajo, aumento de las cargas económicas para el Estado del Bienestar, dificultades organizativas para los sindicatos, contracción del consumo, desincentivo para la inversión en formación profesional, escasa vinculación de los trabajadores con la empresa, desigualdades sociales debido a la segmentación del mercado de trabajo (que reproducen mecanismos discriminatorios en tanto terminan por afectar a determinadas categorías sociales como mujeres, jóvenes y minorías étnicas), etc.

<sup>8</sup> En lo que respecta al uso de la contratación indefinida como regla general, véase la consideración general sexta del Acuerdo entre la CES, la CEEP y la UNICE, aplicado por la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada.

<sup>9</sup> «Competitividad, empleo estable y cohesión social», Declaración para el Diálogo social de 8-7-2004, en adelante «Declaración de 2004».



también claras las declaraciones de los firmantes favorables a la estabilidad en el empleo y contrarias a un uso «inadecuado» de la contratación temporal; estos objetivos se repiten en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2006<sup>10</sup> para la mejora del crecimiento y del empleo promulgado para proporcionar al AMCE eficacia legal.

## 2. EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA COMO RESULTADO DE LOS CONDICIONAMIENTOS ESTRUCTURALES DEL ACUERDO

No parece oportuno que el análisis funcional de las nuevas medidas se lleve a cabo de manera descontextualizada, sin tomar en consideración los condicionamientos que han limitado las estrategias y opciones posibles de las partes negociadoras; si no se tienen en cuenta estos factores, no podrán entenderse cabalmente los posibles problemas de eficacia de las normas derivadas del acuerdo, que se podrían atribuir apresuradamente a errores estratégicos por parte de los firmantes.

En primer lugar, debe subrayarse lo señalado anteriormente acerca de la difícil (o imposible) reversión del modelo de flexibilidad en los márgenes mediante el exclusivo recurso a la modificación de la legislación laboral<sup>11</sup>. Los interlocutores sociales eran perfectamente conscientes de que cualquier medida laboral adoptada, por positiva que resultara, sería insuficiente por sí sola para abordar de manera eficaz el problema de la inestabilidad en el empleo<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> BOE núm. 141 de 14-6-2006.

<sup>11</sup> «Cualquier cambio seguramente deberá asentarse en algún tipo de marco jurídico diferente del actual, pero no parece evidente que el problema sea sólo, o mejor dicho principalmente, de índole jurídica», TOHARIA CORTÉS, L., «El modelo...», *op. cit.*, pág. 136; en el mismo sentido, entre los juristas, CRUZ VILLALÓN, «La reforma laboral de 2006 en el marco de la concertación social», en AAVV (coord. JESÚS CRUZ VILLALÓN), *La reforma laboral de 2006*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 16.

<sup>12</sup> En este sentido, la Introducción del acuerdo (punto I), «*A su vez, las políticas laborales y de empleo deben ir necesariamente acompañadas de políticas sólidas en educación y formación, en infraestructuras, en investigación, desarrollo e innovación y en materia industrial y medioambiental, elementos esenciales para el crecimiento y la calidad del empleo*», que recoge sustancialmente un fragmento de la introducción de las propuestas unitarias para el diálogo social sobre el mercado de trabajo de UGT y CCOO (19-4-2005); *Vid.*, asimismo, el comentario de CCOO al texto del AMCE <[http://www.ccoo.es/publicaciones/0605\\_comentarioacuerdoempleo.pdf](http://www.ccoo.es/publicaciones/0605_comentarioacuerdoempleo.pdf)> [6-7-2006], y, en el mismo sentido se manifiesta el comunicado de prensa de la Secretaría Confederal de UGT:

<<http://www.ugt.es/comunicados/2006/junio/compre09062006.pdf>> [6-7-2006].

En segundo lugar, también en relación con lo señalado en el epígrafe anterior, la magnitud de la utilización indebida de la contratación temporal es de tal calibre que las medidas restrictivas o represivas parecen *a priori* de eficacia dudosa<sup>13</sup>. En la medida en que se perciba que la amenaza del castigo o sanción negativa está resultando ineficaz, podría ponerse un mayor énfasis en la utilización de sanciones positivas como incentivos o premios<sup>14</sup>.

En tercer lugar, no debe perderse de vista la naturaleza pactada de la norma; si bien la construcción negociada de la norma jurídica implica algunas ventajas significativas, también supone en algunos casos problemas de eficacia en la medida en que las posiciones de las partes estén muy enfrentadas —como al parecer ha sucedido— y el «mínimo común denominador» no sea suficiente para producir medidas efectivas para afrontar el problema de la inestabilidad.

En cuarto lugar, no sólo hay que tener en cuenta que se trata de una norma pactada, sino que además, en este caso concreto, las partes se encontraban condicionadas de manera específica por sus características organizativas, su posición de poder o sus estrategias globales. Sin pretender aquí hacer un análisis en profundidad del AMCE desde un punto de vista político, es preciso señalar, a modo de hipótesis, algunas circunstancias que eventualmente han podido condicionar el proceso.

En lo que refiere al Gobierno, parece que, debido a sus estrategias globales, tenía dos objetivos principales en este proceso: a) llevar a cabo una reforma laboral en esta legislatura que abordara la cuestión de la inestabilidad y b), que esta reforma contara con la participación de los interlocutores sociales más representativos a nivel estatal. Aunque ciertamente el Ejecutivo presentó un documento con algunas propuestas concretas cuando el proceso negociador llevaba un tiempo funcionando, el contenido de la modificación legislativa no era tan importante como el hecho de que se llegara a ella mediante el consenso, lo que proporcionaría una indudable legitimación a sus políticas<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> «[...] la probabilidad de que dicha irregularidad se detecte es bajísima habida cuenta del número total de las contrataciones precarias [...] Se llegaría, así, a la sorprendente conclusión de que la mejor defensa de la precariedad es la precariedad misma, en cuanto que a medida que la precariedad de la contratación aumenta, la aplicación rigurosa de la ley es menos viable y eficaz», DE LA VILLA GIL, L.E., *op. cit.*, págs. 3-4.

<sup>14</sup> Aunque a veces se ha limitado el Derecho a las sanciones negativas, hoy parece plenamente asumido que la utilización de sanciones positivas no resulta en modo alguno ajena a la lógica del Derecho; Vid BOBBIO, N., «Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto», *Diritto e cultura moderna* 18, Edizioni di Comunità, Milán, 1977, págs. 13-42 y 63-88.

<sup>15</sup> «[...] ha puesto como valor preponderante la consecución del consenso en sí mismo, por encima del contenido de la reforma misma», CRUZ VILLALÓN, «La reforma...», *op. cit.*,

En cuanto a los sindicatos, en nuestra opinión, se encontraban —como en otros procesos de concertación— fuertemente condicionados por una posición de relativa debilidad, que procede en último término de las bajas tasas de afiliación sindical y de sus problemas de cohesión organizativa. Esta posición de debilidad no es absoluta, dado que, por una parte, su participación en el pacto proporciona una legitimación significativa para las políticas del Gobierno y, por otra parte, las organizaciones sindicales tienen una cierta capacidad de movilización «defensiva», para reaccionar en momentos puntuales ante medidas del Gobierno que se perciban como perjudiciales para los trabajadores. Sin embargo, su capacidad «ofensiva», para imponer medidas concretas a través de la presión y el conflicto es muy limitada; por todo ello, el poder de los sindicatos (en el contexto de un Gobierno interesado en el acuerdo) se ha materializado más bien en la capacidad de «vetar» las medidas que consideraran inoportunas.

Por otra parte, los sindicatos no podían permitirse desde el punto de vista organizativo un acuerdo únicamente «bilateral» (excluyendo a la patronal) en materia de regulación del mercado de trabajo, dado que ello no sólo significaría una menor aceptación de las medidas, sino que, sobre todo, dejaría en la incertidumbre la participación de las organizaciones sindicales en reformas futuras. Resulta bastante previsible que la regulación del mercado de trabajo —materia que, por otra parte, presenta una gran importancia estratégica para los sindicatos— va a ser objeto de reformas sucesivas<sup>16</sup>. Parece que los interlocutores sociales han estado intentando «conquistar» definitivamente este terreno para la concertación social<sup>17</sup>, de manera que, en la práctica, cualquier reforma laboral de importancia (por ejemplo, toda modificación legislativa que afecte a la contratación temporal o a los costes de despido), haya de ser pactada. En este sentido, una ruptura del consenso

pág. 20. Con carácter general, en lo que refiere a esta necesidad de legitimación de los Gobiernos, VALDÉS DAL-RE, F., «Concertación social y mercado de trabajo», *Relaciones Laborales* núm. 12/2006, pág. 3. En lo que respecta a este proceso concreto de concertación, no tiene más que constatarse la tibia, o incluso favorable, reacción del PP —que se ha destacado en esta legislatura por llevar a cabo una oposición especialmente agresiva ante la reforma pactada: Así, por ejemplo, *Diario El País*, 8-5-2006:

<[http://www.elpais.es/articuloCompleto/economia/PP/elogia/reforma/laboral/pactada/Gobierno/elpepico/20060508elpepico\\_1/Tes/](http://www.elpais.es/articuloCompleto/economia/PP/elogia/reforma/laboral/pactada/Gobierno/elpepico/20060508elpepico_1/Tes/)> [6-7-2006].

<sup>16</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «La reforma...», *op. cit.*, págs. 15 y 26.

<sup>17</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «Concertación social...», *op. cit.*, pág. 12 destaca la posibilidad de evaluar o revisar los acuerdos adoptados prevista en el punto IV a) de la Declaración de 2004, que podría apuntar a una nueva metodología de carácter más dinámico, para la concertación social. En nuestra opinión, este dato apunta también a ese deseo de los interlocutores sociales de «conquistar» definitivamente el ámbito del mercado de trabajo para la concertación.

en este momento podría poner en cuestión la futura participación de los interlocutores sociales en la reforma del mercado de trabajo. Un acuerdo tripartito, en cambio, constituye un precedente que podría tratarse de reproducir posteriormente, de manera que sitúa a los sindicatos en una buena posición estratégica de cara a eventuales reformas futuras.

En lo que refiere al contenido del acuerdo, los líderes sindicales tenían serias dificultades para afrontar el problema desde una nueva flexibilización del despido (aunque hubieran querido hacerlo). Desde luego, resultaba inviable para los sindicatos afrontar el problema de la temporalidad mediante la reducción de los costes de despido de los trabajadores que estuvieran ya contratados por tiempo indefinido, dado que éstos conforman la mayor parte de sus afiliados y electores<sup>18</sup>, siendo la regulación del despido una materia especialmente sensible. Por la misma razón, era bastante difícil que los sindicatos aceptaran una nueva flexibilización de las causas empresariales; si pudieron pactar en 1997 una reducción de las exigencias causales, ello se debió seguramente a la amenaza de una intervención gubernamental, que, por un lado, incidiera aún más en la desregulación y, por otro lado, marginara a los sindicatos de los futuros procesos de adopción de decisiones<sup>19</sup>, y, aún así, la ambigüedad de la definición de la causa (tanto en la versión anterior a 1997 como en la posterior) permitía considerar de manera un tanto forzada que no había operado flexibilización alguna<sup>20</sup>, sobre todo cuando al mismo tiempo la tendencia a favorecer la libertad de los empresarios para despedir por causas empresariales comenzaba a encontrar eco en los tribunales.

Respecto a la patronal, resulta destacable, a nuestro juicio, que también se encontraba en una posición de debilidad relativa, en este caso por sus dificultades para coordinar los intereses concretos de las empresas y para influir en su conducta. Como es sabido, no existen en la actualidad métodos fiables para determinar la representatividad de las organizaciones empresariales<sup>21</sup>; es muy posible que las tasas reales de afiliación sean relativamente bajas, dado que los incentivos para asociarse no son demasiado significativos en términos generales y, en todo caso, la afiliación generalizada de las

<sup>18</sup> CERVIÑO CUERVA, E., *Políticas de representación sindical: UGT y CCOO ante el empleo temporal (1977-1997)*, Instituto Juan March, Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, 2003, págs. 314 y 322-323.

<sup>19</sup> *Ibid.*, págs. 315-317.

<sup>20</sup> LILLO, E. y VARAS, P., «El nuevo artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores» *Gaceta Sindical* núm. 158, septiembre, 1997, pág. 34, señalan que la definición del artículo 52 c) ET supone una mejora respecto a la formulación del art. 51 ET, en el que la referencia a una situación de futuro podía hacer menos exigente la aportación de pruebas.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, GARCÍA PIÑEIRO, N.P., *El régimen jurídico de las asociaciones empresariales en el Derecho español*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, págs. 202-205.



asociaciones empresariales territoriales y sectoriales a CEOE/CEPYME no garantiza una estructura organizativa fuertemente cohesionada. No pretendemos decir con ello que la patronal española no haya hecho un importante esfuerzo por representar de manera eficaz y solvente los intereses de las empresas; al contrario, la legitimidad real de las organizaciones empresariales más representativas se fundamenta precisamente en su capacidad para que los empresarios se consideren representados por ellas<sup>22</sup>. Ahora bien, al no ser organizaciones suficientemente fuertes (en términos relativos), presentan una capacidad limitada para la articulación y coordinación de intereses, de manera que tienen mayor facilidad para defender intereses empresariales difusos y poco discutibles para la generalidad de los empleadores —como la reducción de costes laborales— que para fomentar intensamente estrategias de competitividad específicas y determinadas como el abandono del vigente modelo de competitividad.

Así pues, aunque la patronal sea consciente de los «fallos de coordinación» anteriormente mencionados, que podrían hacer poco rentable la «flexibilidad en los márgenes» (por ejemplo, debido a la pérdida de productividad), no tiene demasiada capacidad para influir significativamente en las empresas con objeto de coordinar sus estrategias. Es por ello que, a pesar del compromiso explícito de CEOE y CEPYME con la estabilidad en el empleo en el año 1997, las empresas españolas han seguido haciendo un uso excesivo de la contratación temporal. En este contexto, parece muy difícil que las organizaciones empresariales más representativas puedan apoyar medidas que restrinjan efectivamente la libertad real que tienen los empresarios para celebrar contratos temporales (pues ello las deslegitimaría respecto de su base); la importancia simbólica de su participación en el acuerdo les permite, sin embargo, «vetar» estas medidas si son propuestas por los sindicatos o el Gobierno. Por otra parte, aunque lógicamente, en esta ocasión han pretendido también flexibilizar el despido<sup>23</sup>, las organizacio-

<sup>22</sup> «En definitiva, lo que ocurre en nuestro sistema es que las organizaciones empresariales adquieren su representatividad por vía de su cotidiana demostración de tener capacidad de actuar como intermediarios de los intereses de los empresarios. Su representatividad lo es por la vía de los hechos, de su capacidad de impacto social efectivo, que lleva a que sea reconocido como tal por sus interlocutores», CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español», *Relaciones Laborales*, I-2005.

<sup>23</sup> El Documento de CEOE y CEPYME, «Planteamientos empresariales para el diálogo social sobre el mercado de trabajo», de 25-10-2005, págs. 22-23, proponía una eliminación del contrato por obra o servicio determinado (también respecto a las contrataciones), pero a cambio de reducir las indemnizaciones (¿por despido improcedente?) para los cuatro primeros años del contrato indefinido (8 días el primer año, 20 días el segundo, 36 el tercero y 56 el cuarto), a partir de ahí, se aplicaría para todas las extinciones una indemnización de 33 días de salario por año de servicio (p. 24).

nes de empresarios eran seguramente conscientes de las dificultades reales para que los sindicatos aceptaran este tipo de propuestas. En todo caso, seguramente para la patronal era completamente imprescindible la participación de los sindicatos en esta reforma laboral, por las mismas razones señaladas anteriormente (quizás incluso en mayor medida): la ausencia de la contraparte dificulta la «conquista» del terreno del mercado de trabajo para la concertación social futura.

Si las organizaciones sindicales y empresariales hubieran sido más poderosas —más allá del efecto de legitimación que aportan a las políticas públicas—, al mismo tiempo hubieran tenido más capacidad para imponer medidas concretas al resto de los firmantes y más libertad para asumir medidas polémicas para su base, de manera que el intercambio político hubiera sido más fácil aún cuando sus fuerzas hubieran estado igualmente equilibradas. Al no haber sido así, es posible que el objeto principal del intercambio entre las partes haya sido simplemente la legitimación que todos los participantes se confieren entre sí por el mismo acto del acuerdo.

Todos estos condicionamientos organizativos de los firmantes del AMCE implican que, para todos ellos, la prioridad máxima era, en primer lugar, que se obtuviera un acuerdo que no excluyera a ninguna de las partes —quedando posicionados para reformas futuras—; en segundo lugar (en el caso de sindicatos y organizaciones empresariales), que el acuerdo no incluyera determinadas propuestas de la contraparte<sup>24</sup>. Estas estrategias conectan con la tendencia ya mencionada a que, ante el incumplimiento generalizado de los empresarios de la normativa relativa a la contratación temporal se opte por la técnica de la sanción positiva, que «premie» a aquellos empleadores que se ajusten al modelo normativo de estabilidad.

Como consecuencia de todo ello, no resulta extraño que, en lo que refiere al objetivo de combatir la inestabilidad en el empleo, tenga un carácter central en este acuerdo el fomento de la contratación indefinida (frente a la restricción efectiva de la contratación temporal), y una modalidad de fomento en la que los incentivos no supongan una rebaja perceptible de los costes de despido (que se sustentará, por tanto, en las bonificaciones). Ello implica, por una parte, que no se acreciente la presión sobre las estrategias competitivas de los empresarios y, por otra parte, que no se reduzca el poder global de los trabajadores abaratando el despido. La «partida», pues, queda en «tablas», gracias a una inversión pública que seguramente se hubiera

<sup>24</sup> Pueden rastrearse estas dos prioridades en los documentos emitidos por la patronal y los sindicatos; *Vid.*, por ejemplo, Comentario de CCOO al texto del AMCE, *Op. Cit.*; Comentario de UGT-Andalucía y de la CEA en el Boletín informativo núm. 4/2006 del CARL:

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/empleo/carl/boletin/numero4/portada.html> [6-7-2006].



producido igualmente —como en otras ocasiones— sin mediar acuerdo, pero que proporciona contenido al intercambio de legitimación entre las partes<sup>25</sup>; no parece que esta promoción pública consista, por tanto, en una concesión «arrancada» al Gobierno por los interlocutores sociales (de hecho, los cambios más significativos en las bonificaciones estaban recogidos ya en la propuesta del Gobierno para la mesa de diálogo), aunque seguramente el carácter dialogado de las medidas haya contribuido a que éstas hayan sido más ponderadas que una eventual intervención unilateral. Tampoco parece que el carácter pactado de la norma sea especialmente relevante para garantizar su eficacia en lo que refiere a las bonificaciones (al contrario de lo que sucede, por ejemplo, respecto de las medidas que prevén la intervención de la negociación colectiva). Lógicamente el empresario optará o no por contratar por tiempo indefinido en función de lo que perciba más adecuado para sus intereses y no en función de que se sienta representado por las organizaciones patronales, sin que ello implique que rechazamos *a priori* los posibles efectos simbólicos de esta declaración tripartita.

Desde luego, en el AMCE (y en el RD-Ley 5/2006) se prevén algunas medidas relacionadas con el objetivo de promover el empleo estable que no se llevan a cabo mediante la técnica del incentivo —la más directamente dirigida a esta finalidad es la limitación al encadenamiento de contratos temporales—; no nos corresponde a nosotros ocuparnos de ellas, aunque debemos indicar que, en nuestra opinión, no oscurecen la absoluta centralidad de la función promocional del Derecho en esta reforma, al menos en lo que refiere a la lucha contra la inestabilidad en el empleo<sup>26</sup>.

### 3. LA REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE DESPIDO COMO INCENTIVO

#### 3.1. El «problema» de los costes de despido

En el contexto señalado anteriormente, el análisis del AMCE y de su concreción legislativa no puede detenerse únicamente en lo que en él se es-

<sup>25</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «La reforma...», *op. cit.*, pág. 16, destaca que los sindicatos y la patronal no asumen compromisos concretos distintos del respaldo público a unas medidas que, en sentido estricto, se refieren a actividades del poder público.

<sup>26</sup> Explicamos, sin embargo, a grandes rasgos la razón por la que consideramos que la limitación al encadenamiento no es una medida especialmente efectiva: si se pone en el contexto esbozado anteriormente de un modelo de flexibilidad sustentado en la inestabilidad de los trabajadores, en el que los empresarios son capaces de «bordear», o directamente incumplir la normativa, un mínimo análisis de la medida saca a relucir inmediatamente que resulta bastante fácil burlar —de un modo u otro— sus previsiones.

tablece, sino que también debe prestar atención a lo que no se aborda. Como hemos indicado, los condicionamientos del proceso de reforma apuntan a que en ella predomine el fomento de la contratación indefinida, pero no cualquier modalidad de fomento, sino aquellos incentivos que no supongan una reducción apreciable de los costes de despido.

El abaratamiento del despido, desde luego, puede resultar una vía paradójica hacia la estabilidad si se asume de manera estricta, dado que resulta claramente contradictorio incentivar la estabilidad del empleo facilitando la extinción del contrato<sup>27</sup>. Aunque la modalidad contractual a la que el trabajador se adscribe puede tener una cierta importancia, la estabilidad o inestabilidad de su permanencia en el empleo no depende, lógicamente, de la denominación de esta modalidad, sino más bien de la regulación legal que efectivamente se le aplique, o bien de la regulación informal derivada de las prácticas empresariales<sup>28</sup>. Ello debe tenerse en cuenta a la hora de evaluar el éxito o el fracaso de los procesos de reforma; no basta con considerar el número de contratos por tiempo indefinido realizados, sino que hay que considerar asimismo si estos contratos son verdaderamente estables<sup>29</sup>. En un contexto en el que la inestabilidad del empleo se ha convertido en la estrategia prevalente de los empresarios, una reducción de la proporción de contratos temporales no tiene por qué implicar necesariamente una reducción de la inestabilidad, puesto que los empleadores podrían haber encontrado un «equivalente funcional» que proporcionara otro revestimiento jurídico a sus estrategias de competitividad (por ejemplo, unos costes de extinción bajos para los contratos indefinidos).

Ahora bien, algunas propuestas de reforma del mercado de trabajo que implican un abaratamiento de los costes de despido, en realidad no preten-

<sup>27</sup> En este sentido, ALARCÓN CARACUEL, M.R., «El fomento de la contratación indefinida y la facilitación del despido», en AAVV, *Las reformas laborales de 1997*, Aranzadi, Elcano, 1998, pág. 60, «A primera vista, no deja de parecer un contrasentido el que se pretenda reforzar la estabilidad del trabajador en su puesto de trabajo, y, simultáneamente, se facilite la ruptura de dicha estabilidad al hacer más fácil para el empresario el despido».

<sup>28</sup> «Los mercados de trabajo fuertemente regulados, como el italiano, introducen la flexibilidad por la puerta trasera, sea en forma de actividad económica sumergida, de declaración de salarios menores que los reales, de trabajo en régimen de franquicia o de autoempleo con contrato. Por su parte, puede que los mercados laborales no regulados, como el norteamericano, permitan oficialmente la contratación y el despido libres, pero, en realidad, al menos los trabajadores esenciales disfrutaban de unos subsidios y derechos que no se diferencian mucho de la experiencia común europea», ESPING-ANDERSEN, G., *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Ariel, Barcelona, 2000, pág. 37.

<sup>29</sup> El Informe de la Comisión de Expertos destaca la disminución de la tasa de supervivencia de los contratos indefinidos transcurridos los 24 meses que normalmente marcan el final de las bonificaciones (págs. 55-56), y considera que los contratos indefinidos no han sido totalmente estables (págs. 78-79).

den tanto aumentar «la estabilidad en el empleo» en términos globales, sino más bien un mejor «reparto» entre los trabajadores de la inestabilidad generada por los factores de naturaleza puramente económica. Se trataría entonces de acercar las distancias entre los costes de despido de los trabajadores contratados por tiempo indefinido y los costes de la extinción de los contratos por tiempo determinado, reduciendo, por consiguiente, los incentivos para la contratación temporal mediante una mayor equiparación entre distintos grupos de trabajadores<sup>30</sup>. Seguramente (debido a los problemas organizativos anteriormente mencionados), habría de limitarse este «reparto» a las nuevas contrataciones, lo que implicaría, de un lado, que los efectos sobre la eliminación de la segmentación operarían a muy largo plazo, de otro lado, que se produciría como efecto secundario no deseado una multiplicación de los regímenes de estabilidad de los trabajadores.

En todo caso, parece que estas propuestas parten de la premisa de que los costes de despido de los trabajadores indefinidos son «demasiado» elevados; la cuestión, a nuestro juicio, está mal planteada. Desde luego, la valoración es relativa, dependiendo de los intereses que se tomen en consideración: para los trabajadores indefinidos, estos costes serán siempre demasiado reducidos, mientras que para los empresarios —y quizás para los trabajadores desempleados o temporales—, siempre demasiado elevados; por esta razón, suele recurrirse a las comparaciones internacionales, lo que plantea algún que otro problema metodológico<sup>31</sup>. En todo caso, cuando afirmamos que la cuestión está mal planteada no nos referimos a esta relatividad o a estas dificultades metodológicas, sino a dos problemas de fondo que vician el debate sobre los costes de despido: la distorsión de la causalidad del despido y la excesiva dominancia del criterio de la antigüedad en la empresa<sup>32</sup>.

En efecto, en primer lugar, las valoraciones acerca de los «elevados» costes de despido suelen referirse a las indemnizaciones derivadas del despido improcedente (ya sean las de 45 días por año o las de 33, con los topes

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, DE LA VILLA GIL, L.E., «¿Acabar con el trabajo...», *op. cit.* págs. 2-3, otorga una singular relevancia a los costes de despido en la reproducción de la «cultura de la temporalidad», de manera que propone una reducción significativa de las indemnizaciones por despido improcedente, pareja a un paralelo incremento de los costes de extinción de los contratos temporales.

<sup>31</sup> Vid. MALO, M.A., y TOHARIA, L., «Costes de despido y legislación laboral en Europa: ¿qué podemos aprender de las comparaciones internacionales?», *Cuadernos de Información Económica*, núm. 150, 1999, *per totum*; MALO, M.A. y TOHARIA, L., *Costes de despido y creación de empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, 23-51.

<sup>32</sup> Desarrollamos estos argumentos con más detalle, haciendo algunas propuestas de *lege ferenda* en nuestra Tesis Doctoral inédita, *Vicisitudes del contrato de trabajo en las pequeñas empresas*, Universidad de Cádiz, 2006, págs. 553-570.

máximos correspondientes); esto seguramente tiene sentido desde un punto de vista económico —planteando las diferencias con respecto a la extinción procedente de los contratos temporales, con el loable propósito de eliminar la segmentación—, pero desde la perspectiva jurídica resulta completamente inaceptable<sup>33</sup>.

Las indemnizaciones por despido improcedente son la principal respuesta del ordenamiento frente a un ilícito contractual, mientras que la extinción de un contrato temporal causal no fraudulento por haber finalizado el plazo previsto o haberse terminado la obra o servicio que justificaban el contrato, es un acto perfectamente ajustado a la legalidad, con independencia de que a esta extinción lícita se le apareje o no una indemnización compensatoria; en todo caso, no se trata de la reacción ante un ilícito contractual de escasa importancia, dado que estas sanciones son la garantía última del principio de causalidad del despido que se deriva del artículo 35 de la Constitución<sup>34</sup>, así como del artículo 4 del Convenio núm. 158 de la OIT. Desde una óptica jurídica puede plantearse si estas sanciones son proporcionadas a la gravedad del ilícito (por resultar «demasiado» elevadas o «demasiado» bajas), si resultan adecuadas para cumplir sus fines o si son suficientemente disuasorias como para salvaguardar el principio de causalidad del despido, pero resulta completamente disfuncional descargar sobre ellas las necesidades o intereses empresariales de adaptarse a la incertidumbre de la realidad económica.

Si se pretende facilitar a los empleadores la amortización de puestos de trabajo para atender a sus necesidades, ello debe hacerse flexibilizando —o simplemente clarificando, para aportar mayor certidumbre a las expectativas sobre las sentencias judiciales—, la causa de la extinción y, en su caso, atendiendo a las indemnizaciones por despido procedente o a los costes del procedimiento. Las exigencias causales se han reducido significativamente en las sucesivas reformas de 1994 y 1997, aunque ello no ha im-

<sup>33</sup> TOHARIA CORTÉS, L., «El modelo español...», *op. cit.* pág. 137, afirma que si se pretende afectar a la inestabilidad mediante una reforma del marco jurídico que compensara otros factores estructurales, como la incertidumbre económica y la productividad de los puestos de trabajo, ésta reforma habría de ser muy radical, lo que supondría problemas jurídicos o incluso constitucionales.

<sup>34</sup> Señala *obiter dicta* el hecho de que la necesaria causalidad del despido deriva del derecho al trabajo, el Fundamento núm. 8 de la STC 22/1981; *Vid.*, asimismo, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Presentación: el trabajo en la constitución», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 4, 1978, págs. 25-26; ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar», *RPS*, 121, 1979, pág. 29; LÓPEZ GANDÍA, J., «Breve nota sobre el artículo 35 de la Constitución Española», en AAVV, *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, 1980, pág. 151; más recientemente, SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996, págs. 231 y ss.

pedido que subsistan inercias derivadas de las estrategias de adaptación empresarial a una regulación «demasiado» rígida; desde luego, todavía se podría facilitar aún más el despido por causas empresariales sin que las exigencias de causa se vacíen completamente de contenido (aunque es discutible si ello es estrictamente necesario o conveniente). Pero lo que no resulta compatible con el principio de causalidad —pudiendo llegar incluso a la inconstitucionalidad— es vaciar de contenido la exigencia de causa empresarial, sosteniéndola en un plano formal, pero atribuyéndole unas indemnizaciones irrisorias para despidos completamente arbitrarios<sup>35</sup>.

En segundo lugar, la cuestión está mal planteada porque no toma en consideración la absoluta dominancia de la antigüedad en el cálculo de las indemnizaciones, que no tiene en cuenta otros factores como la buena o mala fe del empresario, la presencia o no de algún atisbo de causa, aunque insuficiente, o la capacidad económica de la empresa, ni prevé «topes mínimos» para los trabajadores menos antiguos. De hecho, en nuestra opinión, la segmentación del mercado de trabajo entre trabajadores estables e inestables no se refiere exclusivamente a la distinción entre trabajadores «fijos» y «temporales». Las modalidades de contratación temporal son sólo el principal de los dos mecanismos jurídicos por los que se articula la inestabilidad; el otro es el de la significativa importancia del criterio de la antigüedad en la empresa para el cálculo de las indemnizaciones (circunstancia que consideramos muy relevante, pero que se ha sobredimensionado en nuestro ordenamiento jurídico). Ambas estrategias se consolidaron en el contexto de la crisis del empleo, seguramente para evitar una sustitución de los trabajadores maduros menos cualificados por jóvenes mejor cualificados, que podría haber tenido consecuencias muy graves sobre nuestro régimen del bienestar, de corte familiarista<sup>36</sup>; el resultado es una protección reforzada del «va-

<sup>35</sup> En caso de que se apreciara discriminación, el resultado podría ser incluso peor para el trabajador, cuya única pretensión posible se reduce a una readmisión que tal vez no desea. Desde otra perspectiva, del Rey Guanter, S., «El contrato para el fomento de la contratación indefinida», en AAVV (coord. MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, FERNANDO VALDÉS DAL-RE Y MARIA EMILIA CASAS BAAMONDE), *Estabilidad en el empleo...*, op. cit., pág. 128, considera que alterar la indemnización por despido improcedente es una solución intermedia entre mantener inalterado el coste de despido y afectar a la causa, lo que podría contradecir el Convenio 158 OIT. En nuestra opinión, lo que resulta significativo para garantizar la eficacia del principio de causalidad no es si se altera la indemnización o la causa, sino cómo afecte el resultado de la reforma a la posibilidad de efectuar despidos arbitrarios.

<sup>36</sup> GARCÍA SERRANO, C., GARRIDO, L., TOHARIA, L., «Empleo y paro en España: algunas cuestiones candentes», en AAVV (coord. FAUSTINO MIGUÉLEZ Y CARLOS PRIETO), *Las relaciones de empleo en España, siglo XXI*, Madrid, 1999, págs. 38 y ss, se refieren —en relación con la contratación temporal, aunque podría ampliarse el argumento a la composición de las indemnizaciones— a un «pacto intergeneracional implícito» entre personas mayores y jóvenes, sostenido por el «familiarismo» (los jóvenes, sometidos a una mayor precariedad laboral,

rón cabeza de familia» y una precarización en el empleo de aquéllos que se incorporan más tarde al mercado de trabajo (mujeres, y sobre todo, jóvenes), cuya garantía de ingresos puede terminar dependiendo en gran medida de otras personas de la familia. Además de la evidente segmentación y de la reproducción de desigualdades sociales, esta dependencia absoluta del criterio de la antigüedad incentiva la rotación y coadyuva a que los empresarios sigan confiando en estrategias basadas en la inestabilidad, puesto que los trabajadores se van haciendo «más caros» de despedir conforme van adquiriendo antigüedad en la empresa, de manera que esta circunstancia no se hace deseable.

La banalización de la exigencia de causa para el despido, unida a la dominancia de la antigüedad, termina por construir un equilibrio disfuncional entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo, que consolida en la práctica el despido «libre» y arbitrario para los trabajadores de menor antigüedad (burlando las exigencias constitucionales), sin abordar directamente los problemas que afectan a los intereses empresariales; esto último puede generar nuevas presiones empresariales para la liberalización del despido, centradas disfuncionalmente en las indemnizaciones asociadas al despido improcedente, que posiblemente vuelven a ahondar en el fraude a la causalidad. Por ejemplo, la eliminación de los salarios de tramitación cuando el empresario reconozca la improcedencia del despido y deposite la correspondiente indemnización, aunque no está exenta de una cierta lógica interna, produce un «efecto perverso» de enorme magnitud: se favorece al empleador que obra abierta y claramente de manera arbitraria y antijurídica, penalizando al empresario que actúa de buena fe y considera procedente su despido por existir un cierto atisbo de causa, pero se encuentra más adelante con una sentencia desfavorable que no esperaba. Para mostrar esta degradación de la causalidad del despido para los trabajadores de escasa antigüedad podríamos recurrir a la comparación con el frustrado *contrat première embauche* francés, o su equivalente para las pequeñas empresas, el *contrat nouvelle embauche* (sin pretender con ello hacer una comparación internacional ri-

---

reciben servicios y garantía de ingresos mínimos en el seno de las familias dirigidas por el trabajador «varón y cabeza de familia» singularmente protegido). Sobre este peligro de sustitución, en relación con la rigidez del despido o las elevadas indemnizaciones para los trabajadores antiguos, *Vid.* las declaraciones del Ministro de Trabajo José Antonio Griñán reproducidas en el trabajo de CERVIÑO CUERVA, E., *Políticas de representación...*, *op. cit.*, págs. 276-277 (nota 45). En cuanto a la noción de «régimen del bienestar familiarista», seguimos en este punto a ESPING-ANDERSEN, G., *Fundamentos...*, *op. cit.*, *per totum* y en especial, págs. 66-67, 69-98 y 111-116. Así pues, con «régimen del bienestar» no nos referimos exclusivamente al papel del Estado, sino a la combinación de Estado, familia y mercado en la producción del bienestar.



gurosa, sino más bien aportar un ejemplo ilustrativo); en estos contratos se permite la extinción sin causa durante los dos primeros años de vigencia de la relación, con una indemnización del 8% del salario total recibido —esto es, el equivalente a 29'2 días de salario por año de servicio—, cifra que no parece muy lejana a los 33 días de salario por año previstos en el contrato para el fomento de la contratación indefinida (sin que en ella hayamos incluido la contribución adicional del 2% debida al *Assedic*). Materialmente, no hay diferencia alguna entre afirmar que el despido no tiene causa pero se devenga una indemnización y sostener que el despido es causal, pero previendo una indemnización de cuantía semejante para el incumplimiento<sup>37</sup>. La segunda posibilidad es técnicamente deficiente, dado que la norma en cuestión resulta ineficaz para cumplir la finalidad a la que teóricamente sirve (la garantía de la causalidad del despido); existe, por supuesto, una «finalidad antijurídica» que se garantiza en mayor medida: favorecer el despido sin causa, pero este objetivo no puede atribuirse al precepto correspondiente si se examina desde una perspectiva estrictamente jurídica, dado que es manifiestamente ilegal. Aún siendo técnicamente deficiente, esta segunda posibilidad podría servir mejor al propósito no confesado de facilitar el despido sin causa, en tanto contribuyera a reducir el descontento social que provocaría una medida que no oscureciera sus propósitos desreguladores.

## 2.2. El contrato para el fomento de la contratación indefinida

Si bien era previsible que la reforma pactada de 2006 no afectara significativamente y de manera global a los costes de despido, seguramente no era tan previsible que la figura del contrato para el fomento de la contratación indefinida se dejara exactamente tal y como estaba, como efectivamente ha sucedido. Como se sabe, esta figura nace del pacto entre los interlocutores sociales más representativos llevado a cabo en el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo de 1997, y se trasladó al ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto-Ley 8/1997, posteriormente convalidado por la Ley 63/1997; nacida formalmente con una cierta vocación de provisionalidad, la figura contractual se estabilizó en el Real Decreto-Ley 5/2001, convertido en Ley 12/2001. Sólo se distingue del contrato indefinido ordinario en que establece una indemnización más baja para el despido objetivo improcedente: el módulo de 45 días de salario por año

<sup>37</sup> En todo caso, puesto que existen indemnizaciones para el despido procedente por causas empresariales, el «coste de la antijuridicidad» vendría constituido por un módulo de 25 (45-20= 25) ó 13 (33-20= 13) días de salario por año de servicio (con algunos matices que no podemos destacar aquí por razones de espacio).

de servicio se sustituye por uno de 33 días por año, mientras que el tope máximo para la indemnización desciende de 42 meses a 24. La exigencia de que el despido en cuestión sea «objetivo» (por oposición al despido disciplinario) resulta completamente irrelevante en lo que refiere a la causa, toda vez que la indemnización se remite a un despido improcedente (que podría ser incluso completamente arbitrario); no obstante, este requisito implica unas ciertas garantías, puesto que se obliga a tramitar el despido por el procedimiento del artículo 53 ET en lugar de por la vía del artículo 55 ET, lo que supone la exigencia de preaviso (a menudo sustituido por su equivalente económico), así como la sanción de nulidad para la ausencia de comunicación escrita, y, lo que es menos importante, dada la regulación de los salarios de tramitación, para la omisión del depósito de la indemnización por despido procedente. Si se extendiera la indemnización reducida a los despidos disciplinarios, no existiría preaviso para beneficiarse de ella y la forma del despido sería irrelevante, porque la sanción aparejada a la ausencia de forma sería la improcedencia, que ya se da por supuesta por ausencia o insuficiencia de causa.

A nuestro juicio, y, de acuerdo con lo señalado en el epígrafe anterior, el contrato para el fomento de la contratación indefinida es una solución equivocada, puesto que afronta el problema de la flexibilidad del despido desde una reducción de los costes derivados del despido improcedente, al tiempo que proyecta una cierta desconfianza de los agentes sociales respecto a la noción de causa empresarial de despido que ellos mismos habían pactado en el propio Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo. En todo caso, debe valorarse positivamente que, en este caso, la flexibilización a través de la indemnización por la extinción ilícita no ha supuesto un deterioro importante del principio de causalidad: la diferencia de los 45 a los 33 días resulta tan insignificante para los trabajadores de escasa antigüedad como las propias indemnizaciones; por otra parte, el deseo de los empleadores de evitar el cumplimiento de los plazos de preaviso (o su sustitución por el salario correspondiente) los impulsa seguramente a acudir al módulo de 45 días para despedir a trabajadores que no tengan excesiva antigüedad<sup>38</sup>. De hecho, probablemente el cambio más significativo no es la diferencia de 12 días por año en el módulo de cálculo de la indemnización, sino la significativa reducción del tope máximo de la indemniza-

<sup>38</sup> Por ejemplo, si se asume el pago del salario equivalente al período de preaviso (30 días) resulta más rentable acudir a la indemnización de 45 días para trabajadores que lleven menos de dos años y medio en la empresa (dado que entre el módulo de 45 y el de 33 hay una diferencia de 12 días de salario por año de servicio). En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J., «Los instrumentos de fomento...», *op. cit.*, pág. 166.



ción de 42 a 24 meses<sup>39</sup>. Esta rebaja del tope máximo seguramente trata de solucionar los eventuales «excesos» en la protección de los trabajadores que en el futuro alcancen cierta antigüedad, si bien no tiene en cuenta la capacidad económica de la empresa ni el posible carácter arbitrario de la medida empresarial; se desaprovechó, empero, la oportunidad para imponer a cambio de esta rebaja de los topes máximos, unos topes mínimos para los trabajadores de escasa antigüedad, que habrían debido aplicarse igualmente a la extinción ilícita de los contratos temporales, de manera que no se incentivara su uso.

En todo caso, debido al carácter sensible de la regulación del despido y al dato «histórico» de que los sindicatos españoles aceptaban, por primera vez, un abaratamiento de sus costes, la figura del contrato para el fomento de la contratación indefinida se mantuvo, desde el principio, en una posición de «marginalidad formal» destinada seguramente a proyectar una imagen ambigua que impidiera determinar con claridad si se había producido o no una reducción generalizada de los costes de despido. Una vez eliminada la provisionalidad originaria, esta posición de «marginalidad formal» se materializa en cuatro factores: la ubicación sistemática de la regulación de esta figura, el hecho de que sólo se aplique a los despidos objetivos, su aplicación exclusiva a nuevas contrataciones y las restricciones subjetivas que limitan la posibilidad de los trabajadores de ser parte en el contrato. En principio, cualquiera de estos aspectos podría haber sido tratado en la reforma laboral de 2006.

En cuanto a su ubicación sistemática, resulta significativo que una figura contractual tan frecuentemente utilizada no se regule en el Estatuto de los Trabajadores, sino en la Disposición Adicional Primera de una Ley con clara vocación de provisionalidad, que en muchos casos se limita a modificar otras leyes; esta maniobra —llevada a cabo únicamente por razones políticas, y no de técnica jurídica—, ha sido criticada certeramente por la doctrina<sup>40</sup>. La reforma de 2006 constituía una nueva ocasión para la normalización de la ubicación sistemática de esta figura, no obstante lo cual, los firmantes del AMCE, haciendo gala de la cautela que se ha manifestado en todo este proceso negociador, han optado por mantener este contrato en la penumbra jurídica, dato que nos parece muy negativo, aunque en todo caso no compartimos, como se ha visto, la solución de fondo que esta figura contractual ofrece.

<sup>39</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., «El fomento de la contratación...», *op. cit.*, págs. 72-73, destaca que la disminución de la indemnización es más significativa si se consideran las diferencias en los topes máximos.

<sup>40</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., y MORÓN PRIETO, R., «Bonificaciones sociales...», *op. cit.*, pág. 632.

En segundo lugar, la reforma podría haber ampliado los supuestos de indemnización reducida para los despidos de carácter disciplinario, como proponía la patronal. Ello hubiera implicado, en la práctica, una eliminación de todo requisito formal o de preaviso en los despidos de coste rebajado y en nuestra opinión hubiera sido un criticable paso más en el alejamiento progresivo, *de facto*, entre la lógica jurídica y la institución del despido.

En tercer lugar, la reforma podría —teóricamente— haber consolidado la indemnización por despido improcedente para todos los trabajadores, eliminando por tanto las diferencias entre los contratos indefinidos ordinarios y los contratos para el fomento de la contratación indefinida (incluso con carácter retroactivo). Por las razones organizativas señaladas anteriormente, no era posible que los sindicatos hubieran aceptado una reducción de los costes de despido que se aplicara con carácter retroactivo; incluso las propuestas de la patronal —que propugnaban la generalización de las indemnizaciones reducidas, entre otras razones, supuestamente, para «evitar la segmentación entre dos tipos de indefinidos»—, incorporaban un régimen transitorio que habría de aplicarse a los contratos firmados con anterioridad a la reforma<sup>41</sup>. Aunque el mantenimiento de la marginalidad de la figura nos parece en este caso razonable, debe tenerse en cuenta asimismo que la «protección» brindada a los trabajadores antiguos es en este caso un «arma de doble filo», puesto que podría incentivar que el empresario se «deshiciera» de estos trabajadores antes de que sigan ganando antigüedad; ciertamente, el efecto de sustitución de trabajadores se haya en cierto modo limitado por las disposiciones del número 5 de la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 12/2001, pero esta limitación no es, ni mucho menos absoluta<sup>42</sup>.

En cuarto lugar, el AMCE podría haber intentado eliminar —como proponía la patronal— o atenuar —como sugería el Gobierno— las restricciones subjetivas para acceder al contrato para el fomento de la contratación indefinida. Una vez más, aunque no nos parece que este contrato sea una buena solución para afrontar la inestabilidad, la situación provocada por su posición de «marginalidad formal» derivada de la necesidad política de presentarlo como una figura excepcional carece de toda lógica. Las estadísticas sobre la celebración de contratos indefinidos<sup>43</sup> sugieren que el uso de

<sup>41</sup> «Planteamientos empresariales ...», *op. cit.*, págs. 24-25.

<sup>42</sup> En relación con la medida correlativa en la Ley 63/1997, ALARCÓN CARACUEL, M.R., «El fomento...», *op. cit.*, pág. 74, CRUZ VILLALÓN, J., «Los instrumentos...», *op. cit.*, págs. 163-164.

<sup>43</sup> Véase el cuadro estadístico elaborado por RODRÍGUEZ-RAMOS, P., «El ámbito subjetivo de los contratos de fomento de la contratación indefinida», en AAVV (COORD. JESÚS CRUZ VILLALÓN), *La reforma laboral de 2006*, Lex Nova, Valladolid, 2006, así como su correspon-



esta modalidad dista mucho de ser marginal en la práctica<sup>44</sup>: de un lado, porque la definición de los colectivos susceptibles de contratación por esta vía es ya de por sí bastante amplia; de otro lado, porque continuamente se «revitaliza» el contrato mediante la permisión —coyuntural, y casi cíclica— del acceso a esta modalidad de contratación para los trabajadores que tuvieran contratos temporales en la misma empresa. Por otra parte, las estadísticas sugieren que aunque la modalidad supuestamente «excepcional» es más bien la regla general en la contratación indefinida, la utilización del contrato indefinido ordinario dista mucho de haber desaparecido, y de hecho, se mantiene en niveles bastante significativos<sup>45</sup>. El resultado de todo ello es una caótica fragmentación de regímenes jurídicos en la que las diferencias indemnizatorias se atribuyen a circunstancias meramente coyunturales, o bien a la pertenencia a colectivos específicos, lo que, en nuestra opinión, constituiría el peor de los casos.

En efecto, la utilización de los grupos que se encuentran en desventaja en el mercado de trabajo como «estandartes» para justificar la desregulación difumina el hecho de que la conveniencia de la técnica de acción positiva supuestamente utilizada es, cuanto menos, dudosa; esto implica que la generalización de la figura a todo tipo de trabajadores no resulte tan indeseable como podría parecer a simple vista. Una cosa es promover la contratación estable de estos colectivos víctimas de discriminación mediante subvenciones y bonificaciones públicas o sistemas de cuotas, y otra bien distinta es incentivar esta contratación mediante una reducción de la retribución de estos trabajadores respecto a quienes realizan un trabajo de igual valor pero no pertenecen a estas categorías; esta circunstancia se apreciaría más claramente si el incentivo para la contratación hubiera consistido en una disminución del salario, pero, de acuerdo con la Jurisprudencia del TJCE, las indemnizaciones por despido deben calificarse como retribución a efectos de aplicación del principio de igualdad de trato<sup>46</sup>.

---

diente análisis (p. 64-65). En términos generales, la mayor parte de los contratos indefinidos son de fomento, y la mayor parte de los contratos de fomento provienen de la conversión de contratos temporales.

<sup>44</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., «El fomento...», *op. cit.*, pág. 67 se refiere a una figura para la contratación «excepcional» de cualquier tipo de trabajador.

<sup>45</sup> El Informe de la Comisión de Expertos plantea como una hipótesis que explica el mantenimiento de este contrato, el interés contractual de ambas partes por reclamar u ofrecer la modalidad más ventajosa. Este planteamiento resulta razonable en un contexto en el que el contrato indefinido se plantea como una especie de «ascenso» o «premio» para determinados trabajadores de la empresa, o bien como un medio de atraerse a empleados especialmente cualificados para desarrollar funciones esenciales.

<sup>46</sup> STJCE 17-5-1990 (Asunto C-262/88), *Barber*.

En este sentido, una eventual modalidad contractual prevista sólo para mujeres con la indemnización por despido reducida, sería a nuestro juicio contraria al artículo 141 TCE por más que se alegaran razones relativas a la mayor facilidad de contratación. En cambio, si la figura se aplicara exclusivamente a otras categorías sociales (como los jóvenes o los trabajadores maduros), una vez confirmada la adscripción directa, habría de valorarse la diferencia de trato para analizar si globalmente presenta un carácter desfavorable para los grupos afectados, teniendo en cuenta que la cuantía de la indemnización no sólo ha de considerarse parte de la retribución, sino que, además, incide en la estabilidad en el empleo, en las relaciones de poder entre trabajador y empresario e, indirectamente, en las relaciones de poder entre los propios trabajadores<sup>47</sup>. En la práctica, esta valoración sería extremadamente difícil, dado que los posibles beneficios y perjuicios se basan en expectativas de contratación o despido difícilmente constatables y, en lo que refiere a la contratación (que, evidentemente, se materializa siempre que se use la figura de indemnización reducida), sería difícil deslindar el efecto del «peso muerto» (que trataremos más adelante), esto es, el hecho de que el empleador podría haber contratado a la misma persona, incluso por tiempo indefinido, aunque no se hubiera rebajado el coste del despido ilícito.

En todo caso, parece que la medida, tal y como está regulada, no se orienta exclusivamente a grupos sociales en situación de desventaja, puesto que, en último término, se pueden adscribir a esta figura trabajadores temporales al margen de toda categoría social a través de las conversiones que se van permitiendo con cierta continuidad y se han vuelto a facilitar en esta reforma; en caso de que pudiera reconstruirse una categoría social de trabajadores temporales (en la medida en la que la distinción jurídica termine determinando el comportamiento social más allá de las previsiones normativas convirtiéndose en rasgo distintivo de un «género»), lo que no puede negarse *a priori*, los trabajadores dejarían de ser adscritos a ella al acceder al contrato indefinido y desaparecer, por tanto, el rasgo distintivo utilizado para proyectar la categoría. Aún así, en caso de que se constatará que el contrato para el fomento de la contratación indefinida afecta significativamente a determinadas categorías sociales (por ejemplo, si estuviera claramente

<sup>47</sup> El artículo 3.1 c) de la Directiva 2000/78/CE se refiere a iguales condiciones de remuneración y despido (al igual que la Directiva 2000/43/CE), pero no parece que el principio de igualdad retributiva deba aplicarse de manera tan estricta como en el caso de las mujeres; así pues, en abstracto podría establecerse alguna diferencia de trato al respecto, siempre que el beneficio obtenido para los colectivos afectados fuera significativamente mayor que el perjuicio producido, lo que entendemos sucedería excepcionalmente. Fuera o no discriminatoria la medida, la consideraríamos en todo caso inadecuada desde una óptica de oportunidad (aplicar perjuicios a grupos que sufren dificultades de integración en el mercado de trabajo supone siempre una mala técnica de acción positiva).



feminizado), habría de comprobarse si existe discriminación indirecta; en este caso, habría de llevarse a cabo una difícilísima ponderación entre el beneficio y el perjuicio producidos, en este caso para evaluar la proporcionalidad del efecto negativo <sup>48</sup>.

Así las cosas, los negociadores han obrado una vez más con cautela y no han pactado una mayor generalización subjetiva de esta modalidad contractual, salvo en lo que refiere a la nueva apertura de un periodo de conversión de contratos temporales en contratos indefinidos con indemnización reducida (o más bien, la ampliación del plazo de celebración de los contratos temporales susceptibles de conversión). Más adelante nos ocuparemos de esta posibilidad para tratarla conjuntamente con las bonificaciones derivadas de la conversión; nos basta destacar en este momento que se ha optado porque el contrato de fomento continúe actuando desde el «limbo de la indefinición», pero como una modalidad para nada excepcional en la práctica; se ha vuelto a «revitalizar» la figura permitiendo un nuevo período de conversión que se plantea una vez más —de manera poco creíble—, como un recurso temporal y coyuntural, esto es, excepcional.

#### 4. LA «BOLSA DE ORO ABIERTA»: LAS BONIFICACIONES A LOS CONTRATOS INDEFINIDOS

##### 4.1. La eficacia de las bonificaciones

De todo lo anterior puede deducirse que en la reforma laboral de 2006 el núcleo de las políticas de estabilidad en el empleo se concentra en las bonificaciones para la contratación indefinida. La técnica de las bonificaciones resulta compleja desde el punto de vista del análisis funcional, pues-

<sup>48</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., «El fomento...», *op. cit.*, págs. 69-72 plantea la cuestión justo al contrario: la distinción tendría una constitucionalidad dudosa en relación con el principio general de igualdad, pero podría justificarse como una distinción positiva, lo que plantea problemas, dado que en realidad se aplica a todo tipo de trabajadores (si bien, finalmente señala el peligro que se desprende de este tipo de justificaciones); a nuestro juicio, la diferencia en la indemnización, que no es especialmente significativa, se ajusta perfectamente al principio general de igualdad por razón del objetivo de fomentar el empleo estable (por más que lo consideremos una aproximación disfuncional), pero resulta de constitucionalidad más dudosa (en aplicación de la prohibición de discriminación) la pretensión de generar modalidades contractuales «de segunda» dirigidas únicamente a colectivos discriminados en el mercado de trabajo. CRUZ VILLALÓN, J., «Los instrumentos...», págs. 159-162 considera que la norma supera cualquier test de constitucionalidad, incluyendo (p. 161) la proporcionalidad entre el beneficio obtenido y el perjuicio devengado a los colectivos que supuestamente se pretende proteger. En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., «El contrato para el fomento...», *op. cit.*, págs. 126-127.

to que en ella confluyen habitualmente, al menos, tres finalidades diferentes: a) el fomento del empleo; b) el incentivo para la contratación indefinida, por oposición a la contratación temporal; y c) la acción positiva, destinada a promover a grupos objeto de discriminación en el mercado de trabajo, fomentando particularmente su contratación, y, en su caso, que ésta se lleve a cabo mediante contratos indefinidos. Es preciso separar analíticamente estas tres finalidades para evaluar la eficacia de la medida; en este trabajo nos ocuparemos tanto de la segunda finalidad (el fomento de la estabilidad), como de la tercera (la acción positiva), que trataremos en el epígrafe siguiente. En esta ocasión, existen, además, objetivos adicionales en algunas bonificaciones, que de algún modo se apartan del resto desde un punto de vista teleológico, aunque subsiste la atención a colectivos específicos y se añade mecánicamente la exigencia de que el contrato tenga un carácter indefinido; esto sucede cuando se promueve el mantenimiento en el empleo de las mujeres reincorporadas tras una suspensión relacionada con el cuidado de hijos<sup>49</sup> (en la que se premia el empresario por no discriminar), o de los trabajadores de 60 o más años con una antigüedad en la empresa de 5 años o más, supuesto que no se había pactado en el AMCE, sino que ha sido añadido por Gobierno en la norma que lo aplica<sup>50</sup>. La exigencia de contrato indefinido carece en este caso de todo fundamento y se debe simplemente a la confusión de las finalidades pretendidas por la norma; en cualquier caso, el efecto de la distorsión es muy pequeño, por cuanto la casi totalidad de los trabajadores incluidos en estos supuestos de hecho tendrán contratos de carácter indefinido; ahora bien, la mención resulta inadecuada en la medida en que pudiera quedar algún resquicio merecedor de una protección idéntica (como sucede con la posible reincorporación tras la suspensión por maternidad de quien está contratado temporalmente si el término del contrato lo permite).

Se ha cuestionado en diversas ocasiones la efectividad de la técnica de la bonificación en aras a conseguir el cumplimiento de estas tres finalidades esenciales (fomento del empleo, fomento del empleo estable y redistribución del empleo estable)<sup>51</sup>. En cualquier caso, lo que resulta más discutible es su eventual capacidad para incrementar los niveles de empleo;

<sup>49</sup> El cuadro del AMCE, así como el del el RDL 5/2006, se refieren exclusivamente a la «maternidad» pero el art. 4.2 del RDL 5/2006 añade claramente la excedencia para el cuidado de hijos, de manera que la omisión en el cuadro de esta última norma resulta criticable.

<sup>50</sup> En todo caso, existía una previsión similar en la Disposición Adicional Quincuagésima, Tres, número 8 de la Ley de Presupuestos para el año 2006.

<sup>51</sup> Por todos, Informe de la Comisión de Expertos, págs. 113-117; AAVV (coord. ALAIN SUPLOT), *Trabajo y empleo: transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 76-77.



en cambio, en lo que refiere a utilización de una u otra modalidad de contratación o a la redistribución del empleo estable, parece más probable que las bonificaciones ejerzan un efecto significativo, de manera que las críticas a este respecto se orientan más bien a plantear que quizás podría haber otros cauces más eficaces para obtener mejores resultados para la misma inversión de recursos públicos. De entre los efectos perversos que suelen atribuirse a la técnica de la subvención pública del empleo, el que más nos interesa a efectos de este trabajo es el llamado efecto de «peso muerto» (*deadweight*) o «ganga»<sup>52</sup>, que consiste en que parte de los recursos públicos se «desperdician» inevitablemente en fomentar contrataciones por tiempo indefinido que se hubieran realizado igualmente de no existir la medida de fomento.

En el estudio de las bonificaciones a la contratación indefinida es preciso distinguir entre la rebaja generalizada de los tipos de cotización por desempleo de los contratos indefinidos (art. 11 RDL 5/2006) y el programa de bonificaciones propiamente dichas, orientadas a supuestos específicos (arts. 1-9 RDL 5/2006).

En cuando a la rebaja generalizada, consiste en una reducción del 0'25% de la parte empresarial del tipo de cotización para la contingencia de desempleo de los contratos indefinidos (quedando inalterada la parte a cargo del trabajador, que se mantiene en un 1'55%)<sup>53</sup>. Ésta medida sigue en la tónica de acrecentar las distancias entre las cotizaciones por desempleo de los contratos temporales e indefinidos (para favorecer a estos últimos y por considerar que los primeros suponen una mayor carga para la entidad gestora), aunque en esta ocasión se ha optado por no penalizar más los contratos temporales, sustituyendo esta eventual penalización por la consiguiente disminución de los tipos de los contratos por tiempo indefinido. Así las co-

<sup>52</sup> El llamado «efecto sustitución» —que consiste en que no aumentan el número de puestos de trabajo respecto a lo previsto, sino la identidad de las personas contratadas— habría de considerarse, en principio, como positivo, dado que la promoción de los grupos marginados en el mercado de trabajo es otra de las funciones de la norma; en todo caso, también en lo que refiere a las bonificaciones existe alguna previsión para evitar que el efecto sustitución opere sobre trabajadores que ya disfrutan de un empleo indefinido (Art. 6.2 RDL 5/2006), aunque desde luego esta limitación no impide completamente esta eventualidad. En cuanto al «efecto desplazamiento» —el hecho de que las empresas beneficiadas por la subvención puedan expulsar a otras empresas del mercado, destruyendo empleo—, éste parece enormemente limitado, dada la generalidad y amplitud del plan.

<sup>53</sup> El Documento del Gobierno para la Mesa de Diálogo Social sobre Mercado de Trabajo (18-10-2005) proponía una reducción del 0'25% para 2006, que se mantendría en 2007 y se ampliaría en un 0'25% adicional en 2008 (pág. 13). El documento de la patronal, en cambio, proponía una equiparación entre las cotizaciones por contratos indefinidos y temporales y una reducción generalizada de las cotizaciones por desempleo en 3 puntos (págs. 37 y 40).

sas, la diferencia en la cotización empresarial entre uno y otro tipo de contrato ha quedado en un 0'95% (el 1'95% si la comparación se hace con un contrato temporal a tiempo parcial); no parece que esta cuantía resulte especialmente determinante en la decisión empresarial de contratar bajo una u otra modalidad<sup>54</sup>, aunque podría acumularse con otros posibles beneficios derivados de la contratación indefinida.

Por otra parte, llama la atención la desaparición del tipo cualificado relativo a la contratación temporal realizada por ETT's para la puesta a disposición de los trabajadores contratados; esta reducción presenta una cierta lógica, por cuanto las garantías impuestas a las ETT's y su desbordamiento por parte de las empresas de servicios, entre otras razones, están cambiando la imagen pública de las primeras, que en cierta medida están dejando de percibirse como «adalides» de la precariedad<sup>55</sup>. Aún así, no deja de resultar algo extraña la medida en una reforma destinada a fomentar el empleo estable respecto al de carácter temporal<sup>56</sup>, como mínimo por la posible distorsión o confusión del efecto «simbólico» o «pedagógico» de la reforma legislativa —la generación de pautas culturales favorables a la estabilidad—, en el contexto de una reforma laboral de pequeños cambios puntuales que no lleva a cabo grandes transformaciones globales.

En lo relativo a las bonificaciones a las cotizaciones de Seguridad Social para la contratación indefinida de personas pertenecientes a grupos que se encuentran en una posición desfavorable en el mercado de trabajo, la reforma de 2006, aunque se ha mantenido esencialmente en la línea de las ayudas proporcionadas hasta el momento, ha llevado a cabo modificaciones de cierta significación en orden a incrementar la eficacia de estas medidas.

En primer lugar, se ha simplificado significativamente la enorme diversidad de grupos y cuantías que ha venido operando en los planes anteriores<sup>57</sup>. Este cambio debe ser acogido favorablemente, dado que la mayor

<sup>54</sup> Podrá oscilar entre aproximadamente 6 € mensuales (para las bases mínimas) y cerca de 28 € al mes (para la base máxima). Por otra parte, tampoco está del todo claro que la medida contribuya a la creación de empleo; *Vid.*, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., «Una nueva rebaja en los costes laborales: la reducción de cotizaciones sociales», en AAVV (coord. JESÚS CRUZ VILLALÓN), *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 191.

<sup>55</sup> *Vid.* Informe de la Comisión de Expertos, págs. 42-44 y 133-134; Documento del Gobierno, págs. 13-14.

<sup>56</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A., y PÉREZ YÁÑEZ, R., «El Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 9 de mayo de 2006, ¿Una mínima reforma o una reforma de mínimos?», *Relaciones Laborales*, núm. 12/2006, pág. 44.

<sup>57</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Incentivos para la contratación indefinida y para la conversión del empleo temporal en fijo», en AAVV (coord. JESÚS CRUZ VILLALÓN), *La reforma laboral de 2006...*, *op. cit.*, págs. 162-163, establece una comparación con el Plan de Fomento de Empleo para 2006 establecido por la Disposición Adicional Quincuagésima de la Ley 30/2005, que califica como un «galimatías».

simplificación ayuda a incrementar la eficacia de las medidas; no obstante, deben oponerse dos matices a esta valoración general positiva: de un lado, en algún caso, como veremos, la simplificación ha podido resultar excesiva, perjudicando la función de promoción de determinados colectivos; de otro lado, el hecho de que se hayan simplificado las bonificaciones incluidas formalmente en el plan no impide que exista toda una plétora de bonificaciones o subvenciones de objetivos similares desperdigadas por todo el ordenamiento estatal y autonómico, que, de acuerdo con el art. 7.3 del RDL 5/2006 son compatibles con las ayudas previstas en esta norma hasta alcanzar el 60% del coste anual del contrato bonificado (como regla general).

En segundo lugar, se ha sustituido la bonificación variable por una cantidad a tanto alzado. En el texto del AMCE, este cambio planteaba dudas, porque podría haber implicado el abandono de la técnica de las bonificaciones a las cotizaciones de la Seguridad Social (a pesar del mantenimiento del término), sustituyéndolas por lo que más propiamente podría denominarse «subvenciones». Ello implicaba, en principio, algunos problemas adicionales de eficacia: por una parte, si la subvención hubiera de ser solicitada y reconocida mediante expediente administrativo, podrían ser menores los incentivos para beneficiarse de ella si la cantidad percibida no fuera muy elevada; por otra parte, si la cantidad a tanto alzado se abonara por el mero acto de la contratación o anualmente, sin vincularse a la estabilidad en el empleo, facilita las posibilidades de fraude<sup>58</sup>. Finalmente, el RDL 5/2006 ha despejado las dudas al respecto, indicando (art. 2.1) que la cantidad a tanto alzado se descontará mensualmente —o, en su caso, diariamente— de las cotizaciones a la Seguridad Social<sup>59</sup>, sin que éstas puedan desaparecer completamente (art. 7.2); esta opción elimina la posibilidad de cobrar fraudulentamente la totalidad de la bonificación para extinguir posteriormente el contrato (aunque, desde luego, la eventual extinción no genera un derecho de devolución de las bonificaciones ya disfrutadas). En todo caso, la sustitución de la cuantía variable de la bonificación por una cuantía fija debe valorarse positivamente, dado que el carácter variable de la ayuda favorecía en términos comparativos a los trabajadores con salarios más elevados, que son presumiblemente los más cualificados y por tanto los que menos precisan de los incentivos, dado que los empresarios podrían en cualquier caso ofrecerles contratos indefinidos para atraerlos a la empresa o retenerlos en ella; de esta manera, se elimina parte del «peso muerto» de la subvención

<sup>58</sup> En este sentido, DE LA VILLA GIL, L.E., «¿Acabar con el trabajo...», *op. cit.*, pág. 5; GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Incentivos...», *op. cit.*, pág. 173.

<sup>59</sup> Solución que ya había anticipado, GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Incentivos...», *op. cit.*, pág. 172.

pública del empleo estable al que nos hemos referido anteriormente. La bonificación variable se mantiene, sin embargo, además de en la rebaja general del tipo de la contingencia por desempleo anteriormente señalada, en el incentivo para el mantenimiento de los puestos de trabajo de los trabajadores mayores de 59 años prevista en el art. 4.1 RDL 5/2006; en este caso, sin embargo, dado que la finalidad de la norma es distinta, la divergencia no presenta especiales problemas.

En tercer lugar, en términos generales, se ha ampliado el período de disfrute de las bonificaciones; anteriormente, el plazo más habitual era el de 24 meses desde la entrada en vigor del contrato. En el régimen vigente, la regla general es que las bonificaciones se disfruten durante 4 años; a modo de excepción, la duración será de 3 años en caso de conversión de contratos temporales y abarcará toda la vida del contrato en los casos de contratación de discapacitados y personas mayores de 45 años. Esta modificación también ha de ser acogida favorablemente en el sentido anteriormente señalado de que para garantizar la estabilidad no basta con que la modalidad formalmente adoptada sea el contrato indefinido, sino que, además, es preciso que estos contratos indefinidos sean, en la medida de lo posible, duraderos. Así pues, la medida se destina claramente a evitar determinadas prácticas empresariales tendentes a extinguir los contratos una vez finalizado el plazo de la bonificación<sup>60</sup>. Una vez transcurridos los cuatro años de ayuda, resulta mucho más difícil que al empresario le resulte rentable el despido, de un lado, porque la cuantía de la indemnización empieza a alcanzar valores significativos (6 meses de salario si el módulo utilizado es el de 45 días y 4 meses y 12 días en caso de que el contrato sea «de fomento»); de otro lado, porque el conocimiento —explícito o tácito— alcanzado por el trabajador en este período puede haber incrementado significativamente su productividad o implicar dificultades para la sustitución.

Mayores problemas supone evaluar *a priori*, si las cantidades previstas son suficientes para conseguir la finalidad prevista. Probablemente, no lo son si se pretende que determinen completamente la decisión empresarial de contratar bajo una u otra modalidad, pero podrían desplegar una cierta eficacia si concurren determinadas circunstancias favorables. A estos efectos, es probable que los empresarios operen conforme a la Teoría de la Acción Racional y traten de maximizar la utilidad de su elección, haciendo un

<sup>60</sup> Informe de la Comisión de Expertos, págs. 55-56; DE LA PUEBLA PINILLA, A., y PÉREZ YÁÑEZ, R., «El Acuerdo...», *op. cit.*, pág. 42. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Incentivos...», *op. cit.*, pág. 173, añade un matiz interesante al conectar la ampliación de la duración con las cuantías, no demasiado elevadas en algunos colectivos, lo que a su juicio muestra la intención de «asociar las ventajas a la duración misma de los contratos; de forma que esas ventajas sólo tendrán entidad a medio plazo, si el empleador mantiene en vida los contratos incentivados».

cálculo de coste/beneficio que compare los eventuales costes de despido con los beneficios que proporciona el contrato indefinido, y, en particular, de las bonificaciones<sup>61</sup>; esta comparación se facilita por el hecho de que tanto la posible indemnización como la cuantía de las bonificaciones se incrementan regularmente cada año (aunque otros factores no operan así). Probablemente, lo más apropiado sería que el coste del despido a tener en cuenta fuera el relativo al despido procedente: 20 días de salario por año de servicio (o menos si la empresa puede beneficiarse de la prestación del Fondo de Garantía Salarial); si fuera así, el cálculo resultaría favorable en muchos casos para los empresarios para salarios no demasiado elevados. No obstante, la degradación de la noción de causa económica y la asunción de las indemnizaciones por despido improcedente como un fenómeno fisiológico hacen mucho más probable que se opere con el módulo de 33 días o 45 días por año, en función de la figura contractual adoptada y de la previsión de duración del contrato (de manera que las indemnizaciones serían seguramente superiores a la mayoría de las bonificaciones); el cálculo podría modificarse por la toma en consideración de las pequeñas indemnizaciones que en su caso derivaran de la extinción procedente de los contratos temporales, que se sumarían al importe de la bonificación. A estos factores de sencilla determinación habría que añadir otros, cuya cuantificación depende del supuesto concreto y de la «cultura empresarial»: los principales elementos favorables a la contratación estable serían, seguramente, las creencias de los gestores empresariales acerca de los incrementos de valor añadido del trabajador derivados de su situación de estabilidad (que dependen en gran medida de la estructura de puestos de trabajo y del modelo productivo), así como el cálculo de los riesgos derivados de la antijuricidad —posibles costes procesales y probabilidades de éxito—; en contra, sin embargo, operarían las creencias empresariales acerca de las mayores posibilidades para el control del trabajo de los empleados contratados por tiempo determinado, así como, de manera seguramente inconsciente, los sesgos cognitivos derivados de la discriminación, en caso de que se plantee la contratación de una persona perteneciente a un colectivo especialmente victimizado en el mercado de trabajo; por ejemplo, aunque las bonificaciones para contratar discapacitados

<sup>61</sup> A estos efectos, sirva de ilustración el dato cualitativo que nos ofrecía un profesional procedente de una asesoría laboral que opera en la Comunidad de Madrid, respecto al sistema anterior de bonificaciones [Entrevista personal 10-7-2006]. Para asesorar a las empresas en sus decisiones de contratación y despido (de los trabajadores con contratos bonificados) se utilizaba una hoja de cálculo que contraponía el importe de la indemnización —utilizando el módulo de 45 días— con la cuantía de la bonificación (que dependía de la base de cotización y del porcentaje aplicable). Obsérvese que el modelo que efectivamente se utilizaba para maximizar la utilidad de la elección es bastante más simple que el que describimos a continuación.

o trabajadores mayores son relativamente elevadas, ello podría resultar insuficiente para compensar los prejuicios (o incluso los prejuicios, en caso de que el discapacitado tuviera efectivamente una productividad más reducida).

#### 4.2. El reparto del fomento: problemas de la distinción positiva

Como ya se ha señalado, el grueso de las medidas de fomento consiste en una serie de bonificaciones para la contratación indefinida de personas integrantes de grupos desfavorecidos en el mercado de trabajo. Esta circunstancia tiene, en principio, dos lecturas desde un punto de vista teleológico: a) dado que los recursos públicos son limitados y que la posibilidad de bonificar todos los contratos indefinidos, o bien resultaría demasiado gravosa, o bien reduciría sensiblemente la cuantía de cada bonificación, se ha optado por limitar el acceso a las bonificaciones en función de otras finalidades sociales; o bien, b), dado que la temporalidad se encuentra firmemente asentada en nuestro modelo productivo, se trata más bien de reducir su efecto multiplicador de las desigualdades sociales, es decir, de que la segmentación —prácticamente inevitable— de nuestro mercado de trabajo no afecte en mayor medida a los colectivos desfavorecidos, aumentando las diferencias derivadas de la adscripción al grupo. Aunque ambas finalidades son compatibles entre sí (se procura mitigar la temporalidad y al mismo tiempo que ésta no provoque mayores desigualdades sociales), existe una cierta tensión entre ellas, que explica su peculiar configuración en los sucesivos programas de fomento del empleo. Así pues, si la finalidad de estas bonificaciones fuera exclusivamente la atención a los grupos en desventaja, estos colectivos deberían haberse definido con mayor precisión para obtener una mayor eficacia<sup>62</sup>; ahora bien, en la medida en que el peso de las políticas de apoyo a la estabilidad en el empleo ha terminado por recaer en estas bonificaciones, tiene sentido que éstas abarquen a un amplio abanico de trabajadores, aunque al mismo tiempo las restricciones subjetivas procuren un cierto reequilibrio de las desigualdades sociales.

La técnica utilizada para aplicar este reequilibrio es la que habitualmente se denomina —de manera confusa— como «discriminación positiva» y que podría más claramente designarse como «distinción positiva», es decir, la

<sup>62</sup> Así, el Informe de la Comisión de Expertos, pág. 114, considera que «[...] puede existir una cierta confusión acerca de las funciones de las subvenciones a la contratación de determinados colectivos», añadiendo que «[...] si se entienden como medidas a favor de la inserción laboral [...] su amplia cobertura impide que sean realmente eficaces [...]»

recepción por parte del ordenamiento jurídico de las categorías sociales que contribuyen a reproducir mecanismos de desigualdad grupal contrarios a la dignidad humana, para tratar de aliviar o eliminar esta desigualdad por medio de la atribución de consecuencias jurídicas favorables para las personas que sean adscritas por la ley a tales grupos. A nuestro juicio, el uso de esta técnica, aún siendo en muchas ocasiones necesario o conveniente, debe ponderarse respecto de otras eventuales medidas de acción positiva, dado que la «distinción» positiva utiliza en cierto modo las «armas del enemigo», esto es, la adscripción a categorías sociales<sup>63</sup>, lo que en algunos casos provoca efectos secundarios indeseados. Frecuentemente, la polémica respecto a la distinción positiva se centra exclusivamente —a veces desde una concepción excesivamente formalista del principio de igualdad que no se adecua al reconocimiento constitucional de la prohibición de discriminación— en la posibilidad de «discriminación inversa», es decir, en la improbable (pero no del todo imposible) inversión de las pautas reproductoras de la desigualdad social por efecto de la norma, o más bien en la vulneración del principio general de igualdad. No obstante, existen otros posibles efectos perniciosos de la distinción positiva, que, en el peor de los casos, podrían convertir la medida en discriminatoria, aunque generalmente sólo implican disfunciones que podrían poner en duda su conveniencia. A nuestro juicio, los más importantes de estos efectos son la exclusión de colectivos merecedores de protección, la definición inadecuada de la categoría y el conocido «efecto boomerang»<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> A nuestro juicio, la discriminación —en sentido estricto— se compone de dos elementos: la adscripción a categorías sociales (sin importar si ésta es directa o indirecta, oculta o abierta o de si la categoría tiene relevancia identitaria para la víctima) y la producción de un resultado global (material o potencial) desfavorable para la posición sociojurídica de las personas que pudieran ser adscritas a estos grupos. Para un desarrollo de este concepto, *Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., ÁLVAREZ ALONSO, D., «Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela discriminatoria», Revista Española de Derecho del Trabajo* (en prensa). En la distinción positiva, por definición, se verifica en todo caso el elemento de la adscripción, que será siempre directa (mientras que la adscripción es indirecta en otras medidas de acción positiva emprendidas con perspectiva transversal); la medida generalmente no es discriminatoria en tanto en cuanto globalmente no produce un efecto desfavorable sobre un grupo social víctima de discriminación, sino que, por el contrario, equilibra una posición originaria de desigualdad social.

<sup>64</sup> Desde otra perspectiva y con otra terminología, señala algunos de estos problemas, SIERRA HERNÁIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, CES, Madrid, 1999, págs. 116-118. La autora menciona estos problemas como argumentos de cierta solidez contra la distinción positiva, que posteriormente rebate; ahora bien, una vez se ha admitido la posibilidad de esta técnica, estos argumentos subsisten como problemas operativos que deben ser tomados en consideración para conseguir una aplicación más efectiva.

En primer lugar, la exclusión de otros colectivos víctimas de discriminación resulta prácticamente inevitable en toda medida de distinción positiva, que siempre implica una opción política de favorecer a determinados grupos; en este proceso, otros colectivos podrían quedar en cierto modo «desamparados»; esto resultaría inapropiado si se encontraran en una situación similar a la de los grupos favorecidos o incluso en una posición de inferioridad respecto de éstos. En segundo lugar, las categorías jurídicas construidas para llevar a cabo la diferencia de trato requieren de una precisión de la que normalmente carecen las categorías sociales: en la vida social, la adscripción a la categoría por razón de la concurrencia de determinados «rasgos distintivos» no es uniforme, sino que depende de la persona que lleva a cabo la diferencia de trato, del contexto y de la saliencia de estos rasgos; así pues, la definición legal podría incluir a personas que no estuvieran necesitadas de protección (suprainclusión) o excluir a quien es verdaderamente víctima de la discriminación (infrainclusión). En tercer lugar, las distinciones positivas pueden producir efectos desfavorables sobre los grupos que teóricamente se pretenden favorecer (lo que se conoce como «efecto boomerang»); generalmente, se ha prestado una cierta atención a los efectos desfavorables sobre el empleo de las eventuales medidas protectoras, pero, como hemos visto en lo que refiere al contrato para el fomento de la contratación indefinida, bien puede suceder que una medida destinada a promover el empleo termine afectando negativamente a los derechos laborales de las personas teóricamente protegidas.

Asimismo, no debe descartarse *a priori* que este «efecto boomerang» pueda presentar una naturaleza meramente simbólica y, aún así, resultar significativo. Las normas jurídicas despliegan una cierta «eficacia simbólica», es decir, una mayor o menor capacidad para ser interiorizadas por los destinatarios y para influir en su conducta al margen del cálculo sobre las consecuencias jurídicas asociadas al cumplimiento o incumplimiento<sup>65</sup>; así pues, la recepción por parte del ordenamiento de las categorías que operan en las relaciones sociales puede contribuir a «cristalizar» o «fijar» estas categorías. Si la norma diferenciadora contradice abiertamente los estereotipos que perpetúan la desigualdad, invirtiendo las expectativas que produce la categoría, entonces el efecto simbólico será normalmente positivo; pero en la medida en que la norma confirme y «cristalice» estos estereotipos podría

<sup>65</sup> Esto es lo que se ha denominado eficacia simbólica «en sentido general», en GARCÍA VILLEGAS, M., *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993, págs. 91-92; este autor se refiere también a una eficacia simbólica «en sentido específico» que se asemeja a lo que anteriormente hemos denominado «finalidad antijurídica» (en relación al enmascaramiento del despido sin causa para determinados trabajadores, manteniendo formalmente la exigencia de causa).



estar contribuyendo a mantener la posición de inferioridad de los grupos a los que se pretendía apoyar<sup>66</sup>.

A primera vista, los colectivos beneficiarios de la bonificación han sido correctamente escogidos, por tratarse de grupos que presentan claramente tasas de desempleo o de precariedad laboral relativamente altas (jóvenes, mujeres, discapacitados y trabajadores maduros); a éstos se añaden dos supuestos que no se corresponden tan directamente con categorías sociales pero que también están plenamente justificados: el de las personas que llevan desempleadas al menos 6 meses (categoría técnica que define una situación objetiva al margen de la valoración social que merezca) y el de las personas en situación de exclusión social, cuya definición (prevista en la Disposición Adicional Segunda del RDL 5/2006), es compleja, puesto que combina circunstancias objetivas y definiciones jurídicas de categorías sociales. Todas estas categorías sociales o jurídicas habían sido objeto de atención específica en anteriores normas de fomento (si bien los «jóvenes» suponen una novedad relativa por cuanto habían dejado de figurar en estos planes durante algún tiempo<sup>67</sup>). En algunos casos —víctimas de violencia de género, discapacitados y personas en situación de exclusión—, se considera que las necesidades de integración social mediante el empleo son tan acuciantes o el nivel de desempleo es tan elevado, que se fomenta incluso la contratación temporal de manera excepcional; por supuesto, la cuantía de la bonificación es más elevada si se lleva a cabo un contrato por tiempo indefinido, pero las diferencias son muy reducidas, salvo en el caso de los discapacitados: 250 € al año para las víctimas de violencia de género, que en realidad se acogerían a la bonificación general para las mujeres desempleadas si son contratadas por tiempo indefinido y 100 € al año para las personas en situación de exclusión social, lo que, unido a la «cultura de la temporalidad» imperante entre los empresarios podría indicar que, en realidad se ha apostado por el empleo temporal de estos dos grupos como medida extraordinaria, resultando meramente testimonial la bonificación de los contratos indefinidos. Así pues, existe un cierto efecto negativo sobre los

<sup>66</sup> Así, por ejemplo, en el caso enjuiciado (en nuestra opinión, erróneamente), en la STC 128/1987, relativo a la constitucionalidad de un plus de guarderías para las mujeres con hijos menores de seis años o los padres viudos, existen dos efectos desfavorables para las mujeres: de un lado, el encarecimiento del trabajo femenino mediante un aumento de la retribución para un trabajo de igual valor, que podría perjudicar la contratación de mujeres; de otro lado un no desdeñable efecto simbólico de reproducción de las relaciones de poder desiguales, en tanto se transmite claramente el mensaje de que el cuidado de los niños de seis años sólo es asunto de los varones si su mujer ha fallecido.

<sup>67</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Incentivos...», *op. cit.*, pág. 169 señala que en el caso de los jóvenes la finalidad de lucha contra la precariedad en el empleo predomina seguramente respecto a la de fomento del empleo en términos generales.

colectivos protegidos —la reconducción a los contratos por tiempo determinado— que seguramente esté justificado en tanto en cuanto sus necesidades de incorporación al empleo son muy importantes; en el caso concreto de los excluidos sociales la posibilidad de la contratación indefinida parece demasiado optimista en nuestro contexto social actual (aunque se hubiera aumentado la bonificación).

En cuanto a los grupos excluidos de la acción positiva, sigue sin prestarse atención específica a las minorías étnicas (aunque algunos de sus miembros pudieran terminar amparados por ser mujeres, tener cierta edad, estar en situación de exclusión social o ser desempleados de cierta duración). En parte ello puede explicarse por la circunstancia de que España se encuentra en un estadio inicial en los procesos de diversificación étnica derivados de las migraciones transnacionales, de manera que, en la actualidad, la mayoría de los integrantes de minorías étnicas son extranjeros, a los que se limita legalmente tanto el acceso al empleo como el empleo indefinido (con las correspondientes y consabidas excepciones). Ahora bien, no debe olvidarse que existe en nuestro país una minoría étnica que no se relaciona con los procesos migratorios modernos y que cuenta con elevadísimas tasas de temporalidad: la formada por los gitanos españoles<sup>68</sup>. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, aunque la distinción positiva nació precisamente para combatir la discriminación racial en EEUU, las categorías raciales y étnicas presentan normalmente una elevada elasticidad en contextos diversos, de manera que parece conveniente plantearse si existen otros medios de acción positiva que no tengan que construir una definición jurídica (probablemente inexacta) del término «gitano»<sup>69</sup>. Otro grupo excluido de estas medidas de acción positiva es el de los transexuales; cuando la condición de transexual es saliente por razones físicas o jurídicas, estas personas sufren enormes obstáculos, no ya para encontrar un empleo estable sino para acceder al mercado de trabajo, viéndose arrastradas en muchas ocasiones

<sup>68</sup> AAVV, *Población gitana y empleo*, Fundación Secretariado Gitano, 2005, págs. 61, 77 y 84, encuentra unas tasas de temporalidad superiores al 70% para la población gitana, frente a una media española ligeramente superior al 30%,

<<http://www.gitanos.org/publicaciones/estudioempleo/estudioempleo/index.html>> [4-7-2006]

<sup>69</sup> Argumentamos con más detalle respecto a este problema y otros relacionados con el uso de categorías raciales y étnicas en la distinción positiva en ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Géneros o categorías humanas y discriminación racial en el trabajo», en AAVV, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, págs. 110-111; en las páginas 92-101 exponemos el argumento de la elasticidad de las categorías raciales; el carácter indefinido —y culturalmente condicionado— de las categorías aparecía incluso en la legislación racista sudafricana.

a la prostitución<sup>70</sup>; en este caso es posible que la intensidad de la discriminación sea tan considerable que puede ponerse en duda que la bonificación de los contratos, por sí sola, resulte eficaz para alcanzar el objetivo de integración, incluso tomando en consideración los posibles efectos simbólicos de la norma; parece más urgente en el momento actual invertir estos recursos públicos en medidas de concienciación más básicas que vayan generando una mínima aceptación social de estas personas.

En cualquier caso, lo que resulta más cuestionable de este programa de fomento del empleo indefinido desde el punto de vista de las distinciones positivas es una cierta superficialidad de la perspectiva de género adoptada (aún considerándose una definición restrictiva de «género» que se refiera exclusivamente a las diferencias sociales entre mujeres y hombres). Desde luego, se ha proyectado un mensaje de preocupación por la situación de las mujeres, lo que consideramos positivo, pero además es preciso hacer algún análisis más profundo acerca de los posibles efectos materiales y simbólicos de las medidas adoptadas.

En primer lugar, podría cuestionarse el hecho de que se benefician de la ayuda todas las mujeres desempleadas, con independencia de su situación real (podría haberse planteado, por ejemplo, que la condición de mujer incrementara simplemente la cuantía de la bonificación); en este caso, encontramos justificada esta amplitud debido a la circunstancia anteriormente mencionada de que en este plan recaen la mayor parte de los esfuerzos por fomentar la contratación indefinida, de manera que su ámbito subjetivo debe ser extenso (lo que no impide que puedan utilizarse para reequilibrar las diferencias globales de posición en el mercado entre hombres y mujeres).

En segundo lugar, puede discutirse el hecho de que se promueva la contratación de mujeres al margen de toda consideración sobre la feminización o masculinización del puesto de trabajo correspondiente. Aunque a estos efectos podría plantearse la misma justificación señalada para el caso anterior, deben señalarse dos efectos secundarios perniciosos: por una parte, se produce un cierto efecto de «peso muerto» en lo que refiere a la finalidad de

<sup>70</sup> MARTÍN ROMERO, D., *La transexualidad: diversidad de una realidad*, Consejería de Familia y Asuntos Sociales, Comunidad de Madrid, Madrid, 2004; MORALES ORTEGA, J.M., «Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad», *Relaciones Laborales*, II-1999, págs. 479-482. En alguna medida, también podrían sufrir dificultades para la integración en determinados puestos de trabajo personas que presentaran rasgos distintivos de saliencia elevada relacionados con categorías asociadas a la orientación sexual u otros contenidos del género, pero en este caso, la identificación de los integrantes del grupo a efectos de distinción positiva vuelve a ser inconveniente, debido a la elasticidad con que operan las categorías sociales. En cuanto a la posibilidad de que la transexualidad se haga visible por razón de circunstancias jurídicas, tómesese en consideración el Proyecto de Ley Reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas.

integración de las mujeres en tanto en cuanto en las profesiones feminizadas es muy probable que la persona contratada por tiempo indefinido hubiera sido en cualquier caso, una mujer; por otra parte, se produce un desincentivo para la contratación de varones en profesiones feminizadas (que se añade a los posibles obstáculos culturales en algunas profesiones), lo que seguramente termina por perjudicar de manera global a las mujeres, puesto que reproduce una división del trabajo por géneros que frecuentemente implica una minusvaloración de las tareas feminizadas debido a la influencia de patrones culturales patriarcales.

En tercer lugar, podría criticarse que mera adscripción al género femenino —que, desde luego, implica una alta probabilidad de sufrir discriminación en el acceso al empleo estable—, reciba una bonificación más elevada que la que asocia a situaciones concretas y constatadas de necesidad (como la de los excluidos sociales o los parados de larga duración). Ello puede justificarse en la opción política de centrarse especialmente en la discriminación que sufren las mujeres, de un lado por que ésta afecta aproximadamente a la mitad de la población, de otro lado, porque no sólo se pretende afrontar el desempleo femenino o la feminización del empleo precario, sino también las bajas tasas de actividad de las mujeres. Ahora bien, el problema puede formularse de otra manera: dado que las bonificaciones no son acumulables entre sí (art. 6.1 RDL 5/2006), las mujeres en situación de exclusión social o las desempleadas de larga duración que fueran contratadas por tiempo indefinido se acogerán a la bonificación general prevista para las mujeres desempleadas —al igual que las víctimas de la violencia de género, en este caso de manera explícita—, dado que la cuantía es más alta, de manera que las bonificaciones específicas se aplicarán tan sólo a los varones; salta a la vista que esta situación implica un efecto perverso de sustitución de las mujeres que se encuentran en peores condiciones por las mujeres más favorecidas en el mercado, y por tanto, menos necesitadas de protección (esto es, partiendo de la base de que el empresario va a contratar a una mujer, siempre preferirá contratar a la que no está «marcada» por otra circunstancia). Así pues, hubiera sido deseable una mayor sensibilidad hacia las «intersecciones» de categorías sociales o a la confluencia de circunstancias objetivas de necesidad en personas que al mismo tiempo pertenecen a un grupo social discriminado, aunque ello hubiera implicado inevitablemente una mayor complejidad de la norma.

En cualquier caso, las medidas más criticables desde la perspectiva de género son aquellas que tienen el loable propósito de reinsertar en el mercado de trabajo a las mujeres que lo han abandonado por circunstancias relacionadas con el cuidado de familiares [arts. 2.1 b) y c) del RDL 5/2006, es decir, mujeres contratadas en los 24 meses siguientes a la maternidad y mujeres que se reincorporen al mercado de trabajo después de un período de inactividad de 5 años cuando hubieran estado de alta en cualquier régi-

men de la Seguridad Social durante 3 años]; así como el premio al empresario por cumplir con su obligación de mantener en el empleo a las mujeres tras la maternidad o la excedencia derivada del cuidado de hijos (en el primer caso, quizás además para evitar posibles efectos indeseados del llamado «coste cero» de la maternidad). Estas medidas parten de la certera consideración de que los principales problemas que sufren hoy en día las mujeres en el mercado de trabajo se deben en gran medida a las cargas que la sociedad les atribuye respecto al cuidado de hijos y familiares (y, en su caso, a las que necesariamente deriven de la maternidad biológica), pero asumen una perspectiva errónea al restringir el ámbito de aplicación de las medidas a las «mujeres», aplicando innecesariamente la categoría social y generando algún efecto perverso. Ciertamente, es altamente improbable que en el contexto social actual los varones se acojan a estos mecanismos de suspensión del contrato de trabajo (adscribiéndose en cierta medida y a estos efectos al comportamiento esperado para el género opuesto) y es casi imposible que renuncien a participar en el mercado de trabajo durante 5 años para atender a cargas familiares, de manera que las posibilidades de «infrainclusión» de la norma no son muy elevadas en la actualidad (pero si se producen, no dejan de resultar inconvenientes). Más preocupante resulta la cristalización y consagración, mediante su reconocimiento normativo, del estereotipo según el cual son las mujeres las que se dedican a estas tareas; este estereotipo es hoy por hoy cierto en términos probabilísticos, pero debe ser combatido en la medida en la que reproduce y perpetúa las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres.

En todo caso, este efecto negativo no es suficientemente significativo como para considerar discriminatoria la medida (aunque sí inconveniente). Ello es así, de un lado, porque ni la cristalización normativa del estereotipo ni las posibles expectativas que eventualmente impulsaran a las mujeres a seguir renunciando temporalmente a su trabajo para beneficiarse de futuras bonificaciones son especialmente importantes para determinar la pauta social, que se rige por otros factores mucho más intensos, de manera que el efecto positivo sobre el empleo femenino compensa al negativo; de otro lado, porque la medida se plantea con una cierta provisionalidad —en el marco de un programa de fomento del empleo— para las mujeres que ya de hecho se encuentran en esta situación. Por otra parte, aunque podría intentarse justificar el uso expreso de la categoría social (frente a una acción positiva de carácter neutro que operara mediante adscripción indirecta) en la innegable realidad estadística de que, en realidad, son las mujeres las que necesitan beneficiarse de la protección de la norma<sup>71</sup>, este argumento no nos parece

<sup>71</sup> «Que se trate de un incentivo sólo para la contratación de mujeres, lo que podría criticarse desde la perspectiva del principio de corresponsabilidad en la asunción de las cargas

suficientemente convincente; ello es así porque precisamente la realidad estadística produce automáticamente que una medida formalmente neutra proteja precisamente a las mujeres, sin dar carta de naturaleza simbólica a una pauta social que está generando desigualdades.

## 5. LA CONVERSIÓN DE LOS CONTRATOS TEMPORALES Y SUS CONTRADICCIONES

El fomento del empleo estable no sólo se manifiesta en esta reforma laboral en la atención a determinados colectivos desfavorecidos, sino también en la facilitación de la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido. A su vez, esta facilitación opera por dos vías distintas: de un lado, mediante la ya referida extensión del período de celebración de los contratos temporales susceptibles de conversión en contratos de fomento de la contratación indefinida hasta finales de 2007<sup>72</sup>; de otro lado, a través de la bonificación a las cuotas de la Seguridad Social de las conversiones de contratos temporales a cualquiera de las dos formas de contratación indefinida (la de «fomento» o la ordinaria). Por último, en lo que refiere a la bonificación de las contrataciones, debe distinguirse entre la que se pretende ordinaria y estable, aplicable únicamente a los contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, con una cuantía de 500 € por año durante 4 años (art. 2.5. RDL 5/2006) y el llamado «Plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo» (art. 3. RDL 5/2006), que se aplica a cualquier tipo de contra-

---

familiares, resulta justificado por cuanto las estadísticas evidencian que, en un porcentaje elevadísimo, son las mujeres las que hacen la opción entre la continuación de su vida profesional o la dedicación a las tareas familiares y de cuidado», GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Incentivos...», *op. cit.*, pág. 167.

<sup>72</sup> Como es sabido, la Disposición Adicional Primera del RDL 8/1997 (posteriormente, Disposición Adicional Primera de la Ley 63/1997, permitía el acceso a la contratación indefinida de fomento a los trabajadores que contaran con contratos temporales celebrados hasta un año después de la entrada en vigor de la norma. Transcurrido dicho plazo, la posibilidad de conversión se remitía a su previsión en la negociación colectiva; estas cláusulas negociales afectaron a un porcentaje significativo —aunque claramente minoritario— de trabajadores; a estos efectos, consúltese, por ejemplo, el Balance de la Negociación Colectiva de CCOO para el primer semestre de 2000, pág. 26.

<[http://www.unicz.it/lavoro/ES\\_CCOO\\_1\(00\).pdf](http://www.unicz.it/lavoro/ES_CCOO_1(00).pdf)> [5-7-2006]. Posteriormente, la Disposición Adicional Primera del Real Decreto Ley 5/2001 (posteriormente, Disposición Adicional Primera de la Ley 12/2001) volvía a abrir un nuevo período de conversiones no condicionadas a la negociación colectiva para todos aquellos contratos temporales celebrados antes del 31-12-2003. Por último, el artículo 10 del RDL 5/2006 modifica la Ley 12/2001 para cambiar esta última fecha a 31-12-2007.

to temporal celebrado antes del 1-6-2006 siempre que la transformación opere antes de 1-1-2007 y establece una cuantía de 800 € al año durante un período de 3 años. El efecto positivo de estas medidas debe considerarse conjuntamente con la previsión de limitaciones al encadenamiento, puesto que ambos elementos pueden operar de manera combinada. Por otra parte, desde una perspectiva funcional, este tipo de conversiones presentan tres problemas básicos: el posible estímulo indeseado a la contratación temporal, la eventual neutralización de la pretendida redistribución del empleo estable y la presencia de finalidades antijurídicas.

El estímulo indeseado a la contratación temporal consiste en que los empresarios, acostumbrados a que el ingreso en la empresa se haga casi invariablemente a través de modalidades temporales (que operan disfuncionalmente como periodo de prueba y como compensación de la presumible menor productividad de los trabajadores recién incorporados), podrían continuar operando con esta lógica, confiando en convertir más adelante los contratos para beneficiarse de los incentivos previstos en esta norma o en normas sucesivas<sup>73</sup>; este fenómeno disminuiría en parte el aumento previsible de la contratación indefinida y contribuiría a mantener el predominio de las modalidades temporales en las nuevas contrataciones. Con objeto de evitar este efecto perverso, las sucesivas normas de bonificación han previsto tradicionalmente fechas límite para realizar la conversión o para la determinación de los contratos temporales que podrán ser objeto de conversión con acceso a los beneficios previstos. En este caso concreto nos encontramos con que, si se parte de la base de que estas fechas resulten creíbles para los empresarios, las bonificaciones a las cuotas de Seguridad Social apenas otorgan margen para este uso estratégico de la contratación temporal (que habría de llevarse a cabo en el breve intervalo desde la presentación pública del AMCE hasta el 1-6-2006); en cambio, el margen es mayor en lo que refiere al estímulo para el contrato de fomento<sup>74</sup>, lo que sin duda es una consecuencia perniciosa de las ambigüedades en la definición de esta figura, como hemos visto.

Ahora bien, estas fechas límite cumplen su función «disuasoria» en la medida en la que resulten creíbles para los empleadores; por eso las facilidades para la conversión del contrato —en términos generales— no se presentan nunca con carácter definitivo, sino que se van revitalizando de manera cíclica; también por esta razón la conversión de contratos temporales se plantea en este caso, en términos generales, como un «plan extraordina-

<sup>73</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., y MORÓN PRIETO, R., «Bonificaciones sociales...», *op. cit.*, pág. 613.

<sup>74</sup> PÉREZ YÁÑEZ, R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., «El Acuerdo...», *op. cit.*, pág. 38.

rio»; en cambio, en los casos en los que la temporalidad como forma de acceso inicial al empleo parece justificada, el legislador pretende transmitir un mensaje de una mayor permanencia de la medida, lo que no deja de ser un efecto meramente simbólico en el contexto de un plan de fomento del empleo, destinado en cierto modo a modificarse en períodos sucesivos<sup>75</sup>. Seguramente, lo que va a suceder en la práctica —al menos hasta finales de este año— es que la conversión ordinaria no se va a aplicar en lo más mínimo, al menos mientras esté vigente el plan extraordinario<sup>76</sup> (posteriormente, lo más seguro es que el plan ordinario se mantenga durante 2007). Es imposible saber con certeza cuándo se iniciará un nuevo proceso «extraordinario» de conversiones, pero parece muy razonable suponer que en algún momento —quizás en 2008— volverá a abrirse de nuevo esta posibilidad, dado que el problema de la temporalidad casi con total seguridad va a permanecer en los próximos años y esta posibilidad de transformación bonificada no es ninguna novedad. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en lo que refiere a las decisiones empresariales de contratación, lo importante no es tanto lo que vaya a suceder efectivamente como lo que parezca razonable suponer a los empleadores. El fenómeno presenta alguna similitud con las «regularizaciones» de extranjeros, otro supuesto en el que la realidad desborda —por razones distintas— el contexto diseñado por las leyes; toda «regularización» se plantea invariablemente como «la última», de manera expresa o tácita, para evitar generar expectativas sobre el comportamiento futuro del legislador, a pesar de que éstas parecen en cierto modo inevitables.

En lo que refiere a la neutralización de la atención a colectivos específicos, ésta no nos resulta especialmente preocupante en lo que refiere al contrato de fomento, por las razones aducidas al ocuparnos de esta figura. En cambio, en lo relativo a las bonificaciones, a nuestro juicio, se reduce o se elimina la eficacia de cualquier bonificación de cuantía inferior o similar prevista para los nuevos contratos indefinidos, al menos hasta enero de 2007; suponemos que la vigencia del plan de fomento del empleo se mantendrá en el año siguiente y que no se abrirá tan pronto un nuevo período de «regularización», de manera que esta fecha límite contrarrestará de manera importante el efecto negativo al que nos referimos a continuación. Así pues, la previsión de una bonificación de 500 € al año para la conversión de contratos formativos, de relevo o de sustitución es absolutamente irreal en este período; aún considerando que la bonificación se mantiene durante un año

<sup>75</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Incentivos...», *op. cit.*, pág. 177.

<sup>76</sup> Se muestran ligeramente más optimistas, aunque sin excesiva rotundidad, PÉREZ YÁÑEZ, R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., «El Acuerdo...», *op. cit.*, pág. 41.



más, la cuantía total sigue siendo inferior. Seguramente desplegará poca eficacia —al menos durante 2006— la bonificación de 600 € al año para los parados de larga duración y las personas en situación de exclusión social; la generalidad de los empresarios optará por convertir en indefinidos a trabajadores contratados por tiempo determinado que llevaran un cierto tiempo en la empresa (acogiéndose a la bonificación de 800 €), sin cambiar la estrategia productiva dominante, de manera que las eventuales necesidades adicionales de empleo se cubrirían con nuevos contratos temporales. Respecto a las mujeres y los jóvenes desempleados, las bonificaciones resultan en principio más ventajosas, debido al año adicional de duración del beneficio —y, en el caso de las mujeres, a la diferencia adicional, bastante poco significativa, de 50 € al año—; ahora bien, este año adicional de bonificación sólo será relevante en la medida en que los empresarios planifiquen sus necesidades de plantilla a largo plazo; en caso contrario, prevalecerá la tendencia a que las nuevas contrataciones sigan siendo temporales y los contratos indefinidos se celebren con trabajadores que ya estaban incorporados a la empresa<sup>77</sup>; si es así, la diferencia en la duración de las bonificaciones —concebida seguramente para evitar este efecto— asumiría un cariz negativo, puesto que podría implicar una menor estabilidad en el empleo de los trabajadores «convertidos» (efectivamente, los que principalmente se beneficiarían de nuevos contratos indefinidos).

Por último, la «finalidad antijurídica» consiste en el hecho de que puede rastrearse en la norma una finalidad ilícita de «blanquear» contratos temporales fraudulentos que habían sido celebrados sin existir causa real para la temporalidad<sup>78</sup> —o al menos, de una cierta resignación ante este «blanqueo»—; al ser un objetivo antijurídico no puede atribuirse al «legislador» en los discursos jurídicos (por ejemplo, a efectos de la interpretación teleológica), no obstante lo cual, opera en el plano de los hechos, produciendo una suerte de «esquizofrenia normativa» (disociación entre las finalidades reconocidas por el Derecho y las que operan realmente), que implica una deslegitimación del ordenamiento jurídico, y, posiblemente, disfunciones interpretativas, dado que, en estos casos la interpretación de las normas debe desviarse necesariamente de los fines materiales que las impulsan. Desde luego, no todos los contratos temporales susceptibles de conversión han de ser necesariamente ilegales; en muchos casos, la contra-

<sup>77</sup> En cualquier caso, una vez finalizada la vigencia del «Plan extraordinario de conversión», las cautelas previstas en el art. 6.1 c) del RDL 5/2006 nos parecen suficientes para evitar el fraude consistente en convertir a los trabajadores temporales que se pretenden hacer indefinidos en desempleados para beneficiarse de las bonificaciones.

<sup>78</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., y MORÓN PRIETO, R., «Bonificaciones sociales...», *op. cit.*, pág. 621.

tación temporal masiva se fundamenta en interpretaciones muy amplias de las causas que justifican la contratación por tiempo determinado (y, en cualquier caso, nada obliga al empresario a contratar temporalmente cuando existe causa para ello). Aún así, la contratación temporal ilegal es muy abundante, de manera que gran parte de las conversiones que permiten acceder al «premio» económico de la bonificación o al contrato de fomento se van a aplicar a contratos presentados formalmente como temporales, pero que realmente son desde su origen contratos indefinidos ordinarios. Por supuesto, la lógica puramente jurídica debe ser «ciega» a las finalidades incompatibles con el ordenamiento, de manera que, siempre que el fraude pueda probarse, el supuesto contrato de fomento se revelará como un contrato indefinido ordinario (al no verificarse el requisito del contrato temporal previo)<sup>79</sup>, y las eventuales bonificaciones deberán reintegrarse, de acuerdo con el art. 9 del RDL 5/2006, con independencia de la concurrencia de otras responsabilidades o sanciones.

## 6. CONCLUSIÓN

Será preciso esperar a obtener datos empíricos para llevar a cabo una valoración más ajustada de la eventual eficacia de la reforma del mercado de trabajo de 2006; aún así, el análisis de estos datos debe sustentarse en un marco teórico adecuado, construido en parte con ayuda del análisis funcional del Derecho, o de otro modo podrían sobrevalorarse los factores jurídicos o infravalorarse otro tipo de factores estructurales. Esta primera aproximación desde el análisis funcional nos revela que la reforma, aún manteniéndose en una línea continuista con las medidas emprendidas en el pasado, contiene algunos elementos de mejora técnica que amplificarán la eficacia del objetivo de mejorar la estabilidad en el empleo (principalmente simplificación técnica, previsión de bonificaciones a tanto alzado y ampliación de la duración de las modificaciones); algunas disfunciones, como las derivadas de la conversión de contratos temporales, parecen hasta cierto punto inevitables, en tanto se mantenga el modelo de competitividad vigente. Otros aspectos puntuales resultan más criticables, como el mantenimiento del contrato de fomento en una situación de indefinición; a nuestro juicio, debería sustituirse por un replanteamiento completo de la institución del despido para ajustarla mejor al principio de causalidad sin dejar de proporcionar flexibilidad a los empresarios, pero, de no ser así, sería preferible elimi-

<sup>79</sup> Por todos, recientemente, y con cita de resoluciones judiciales, RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., «El ámbito subjetivo...», *op. cit.*, págs. 73-74.

nar simplemente la figura o extenderla a todos los trabajadores incorporando, a cambio, topes mínimos independientes de la antigüedad y aplicables también a la extinción improcedente de contratos temporales.

Presumiblemente, aunque estas medidas vayan a tener efectos positivos, no van a alterar sustancialmente el modelo de competitividad español; seguramente, ello no puede llevarse a cabo completamente mediante una modificación de la legislación laboral, aunque sí parece deseable emprender una reforma más incisiva que afecte a una gran variedad de instituciones desde una perspectiva global, como recomendaba la Comisión de Expertos. Ello no ha sido posible en esta ocasión debido a la combinación de la metodología empleada y la relativa debilidad de los interlocutores sociales como organizaciones. Posiblemente, si se pretende llevar a cabo reformas de mayor calado y mantener al mismo tiempo las ventajas de la «legislación negociada», será necesario partir de una propuesta global y concreta del Gobierno, cuyos contenidos esté dispuesto a defender en la mesa de negociación, que posteriormente pueda ser negociada y modificada mediante el diálogo con los interlocutores sociales. En todo caso, a largo plazo resultaría deseable fomentar la fortaleza de estas organizaciones más allá de su poder institucional y su capacidad para proporcionar legitimación, de manera que se incremente su capacidad de compromiso en los procesos de concertación social.