

El contrato único que viene

Miguel Ángel DÍAZ HERRERA

Abogado. Dir. Área Laboral. Rocabert & Grau Abogados.

Diario La Ley, Nº 8197, Sección Doctrina, 22 Nov. 2013, Año XXXIV, Editorial **LA LEY**

LA LEY 8715/2013

Es un hecho. La reforma laboral iniciada con el RDL 3/2012, no ha contribuido aún a crear empleo, ni a eliminar la dualidad en la contratación. ¿Será el siguiente paso lógico de más reformas la adopción de la medida del contrato único? ¿Será el anuncio hecho por la Ministra Báñez el pasado 29 de agosto, para simplificación de la llamada «contratación a la carta», el pistoletazo de salida para su implantación definitiva? El presente artículo aborda las consecuencias jurídicas de su posible implantación.

Disposiciones comentadas

I. EL CONTEXTO: LA ETERNA PROPUESTA EN EL HORIZONTE

Hace algunas fechas hemos podido observar en los distintos medios de comunicación la satisfacción del Gobierno con los resultados de la reforma laboral promovida por el mismo, y que se tradujo en el RDL 3/2012 (LA LEY 1904/2012), y su posterior convalidación por la Ley 3/2012. Las consecuencias de la reforma legislativa se han puesto de manifiesto en el *Informe de Evaluación de Impacto de la Reforma Laboral*, hecho público por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, según el cual, las últimas medidas de política legislativa del Ejecutivo se han traducido en una mayor contención de la destrucción de empleo.

De entre los resultados tangibles hasta la fecha producto de la reforma, se cita que en los cuatro trimestres posteriores a la misma se destruyeron 540.200 empleos asalariados privados, frente a los 628.000 de los cuatro anteriores. Es decir, *se destruyeron 87.800 empleos menos a pesar del menor crecimiento*. También se ha conocido que el paro ha bajado durante 6 meses consecutivos. No

obstante, sería absurdo caer en el optimismo ante dichos resultados, cuando la realidad es que España mantiene un nivel de desempleo superior al 26%, o la afiliación a la S.S. sigue cayendo un 3,4% interanual.

Recordemos que las últimas medidas adoptadas por el ejecutivo han contribuido a la flexibilización de las relaciones laborales, a nivel interno y externo, lo que se ha traducido en una mayor facilidad para la contratación, la flexibilidad interna, y la extinción contractual. Lo cierto es que dichas medidas han iniciado el lento camino a la convergencia de los derechos de los trabajadores con contrato indefinido con los que tenían un contrato temporal. Hasta la fecha, la eliminación de la dualidad del mercado laboral, que era uno de los objetivos de la reforma laboral del año pasado, únicamente se ha conseguido reducir la tasa de temporalidad del 25% del cuarto trimestre de 2011 al 23,1% del pasado trimestre.

Lo cierto es que el actual modelo productivo nacional favorece la contratación temporal, e incluso podríamos decir que gracias al mismo las cotas de desempleo que padecemos no son incluso peores. La estacionalidad del empleo lo explica. Sin embargo no podemos conformarnos con ello. El encadenamiento de contratos temporales sin mayor vocación de estabilidad en el empleo conlleva evidentes efectos negativos a nivel de salario, productividad y consistencia en el empleo. Una tasa de desempleo del 26% y un paro juvenil por las nubes —durante el tercer trimestre de 2012, España registró una tasa de desempleo del 54,1% para los jóvenes menores de 25 años, frente al 23% de la UE-27 (Eurostat)— no descarta ninguna posibilidad que no sea la de estar de brazos cruzados. La reciente Ley 11/2013, de 26 de julio (LA LEY 12432/2013), de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, incide en la búsqueda de nuevas soluciones para el empleo joven y la formación, pero no dejan de ser soluciones temporales dentro de un sistema desnortado.

Dicho lo cual, el pasado 29 de agosto la misma ministra de empleo anunció en el Congreso de los Diputados la necesidad de introducir *nuevos impulsos a este proceso*, lo que daba pie a iniciar desde ese momento el *estudio en firme* de la implantación de la simplificación y clarificación de los modelos de contratos. La idea del ejecutivo es refundir la Ley 56/2003 (LA LEY 1905/2003), de Empleo, para incluir todos los incentivos existentes en materia de contratación, mediante la simplificación administrativa que transformaría los 41 modelos de contrato de trabajo existentes en la actualidad a sólo 5, es decir, contrato indefinido, contrato temporal, contrato de relevo, contrato de prácticas y

contrato de formación y aprendizaje, amén de simplificar el complejo sistema de bonificaciones a la contratación.

A priori, la simplificación de la llamada *contratación a la carta* por las empresas, ante el actual maremágnum de tipos de contratos y ayudas existentes, podría saludarse positivamente en cuanto a la facilitación a las empresas de la contratación y la eliminación de barreras de entrada al empleo. Sin embargo, ¿supone ello una mera tarea de recopilación y simplificación administrativa, o supone la definitiva apertura a la hasta ahora reiterada negación del Gobierno a estudiar la viabilidad e implantación del llamado contrato único? (1) .

De contestar afirmativamente a la segunda de las proposiciones podría tener una importancia capital para los derechos laborales, no solo de los futuros trabajadores ahora en paro, sino también para los que actualmente también cuentan con empleo, si nos atenemos a las proposiciones que desde hace tiempo se han venido planteando desde diferentes ámbitos.

La patronal CEOE nunca ha escondido su anhelo por alcanzar la concentración de todos los contratos laborales a solo unos 5 o 6 (2) . De hecho, el anuncio del Gobierno de agosto de estudiar seriamente la unificación de los tipos de contratos lo ha acogido con *entusiasmo y positivamente*, mientras que para el sindicato CC.OO. la medida ha merecido el calificativo de *burla* reiterando que no sirve para generar empleo. No obstante el sindicato UGT prefiere mantenerse a la expectativa a la espera de que no suponga *otro regalo a los empresarios*.

El Gobierno, hasta ahora, había negado cualquier posibilidad de valorar la propuesta del contrato único, argumentando que ello supondría el abaratamiento del coste del despido, amén de exponer sus dudas sobre el encaje constitucional de la medida. Sin embargo, el anuncio dado a la simplificación de los tipos de contrato quizás pudiera ser interpretado como una toma de contacto para evaluar la posibilidad entre los agentes sociales o la opinión de la calle. No olvidemos que, tanto el FMI como el Eurogrupo, siempre han estado dispuestos a recordar al Gobierno la necesidad de seguir dando más pasos en la reforma laboral.

Pese a haber surgido de nuevo el debate sobre la medida en el mes de mayo pasado como sugerencia del Comisario Europeo de Empleo, László Ándor, lo cierto es que la medida del «contrato único abierto» (3) siempre se ha mantenido en el horizonte como una posibilidad más de ahondar en la flexibilización o, si se quiere, liberalización en la contratación laboral.

La idea del contrato único, pese a todo, no sería nueva. Resulta ser una nueva vuelta de tuerca al mercado laboral, destapando la vieja polémica del contrato único, tan deseada por unos, como denostada por otros y, hasta hace bien poco, descartada por el propio Gobierno.

II. PANORAMA DEL MERCADO LABORAL ACTUAL

El sistema de bonificaciones y ayudas a la contratación, sigue careciendo de sistemática y eficiencia, que en nada clarifican y ayudan a la contratación laboral. La reforma laboral operada por el RDL 10/2010 (LA LEY 12544/2010), ya intentó dar sentido a la política de bonificaciones existente partiendo del consenso entre los agentes sociales. En aquel momento, los interlocutores sociales en el marco del diálogo social de 5 de febrero de 2010, partían de la base de que «al ser prácticamente universal, el sistema no favorece adecuadamente la empleabilidad de los colectivos con mayores dificultades de incorporación al empleo, lo que determina que el sistema presente un importante "peso muerto" (*sic*) o "efecto ganga" (*sic*) (existieran o no las bonificaciones, la contratación se realizaría igualmente) que afecta negativamente a su eficacia».

En la actualidad existen 41 modelos de contratos laborales, cada uno con un origen y normativa distinta. Hasta llegar aquí, no han faltado las continuas críticas respecto a la evolución del sistema de bonificaciones de las cuotas de S.S. que se había generado desde 1997. La generalización de diversos tipos de bonificaciones ha ido pervirtiendo el instrumento de intervención en el mercado laboral hasta hacerlo del todo ineficiente, suponiendo por el contrario un elevado coste de financiación para el Estado, o las CC.AA. En la medida en que no se ha alcanzado la eficiencia deseada aún hoy día, merece la pena el esfuerzo el simplificar y dar sentido a la actual maraña de bonificaciones y ayudas a la contratación, teniendo en cuenta, además, que los recursos presupuestarios deben racionalizarse.

Sea como fuere, lo cierto es que España sigue contando con una de las tasas de temporalidad más altas de la UE. Prácticamente el 90% de los contratos que ofrecen las empresas son temporales, incluso con la reforma laboral de 2012 en marcha, y de éstos tan sólo entre el 5% y el 10% acaban convirtiéndose en indefinidos.

III. CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE CONTRATO ÚNICO

Pese a los pasos dados en las últimas reformas laborales, es evidente el desajuste e ineficiencia del actual mercado laboral. Merece la pena, por tanto, al menos conocer las distintas alternativas que

puedan suponer un nuevo avance hacia la mejora del sistema actual. De entre las existentes, se mantiene en el candelero la denominada *medida del contrato único*.

Sin perjuicio de las distintas variantes existentes, se podría decir en esencia que el eje central de la medida versa sobre la eliminación de todos, o prácticamente todos, los contratos laborales actuales para implantar un único y nuevo contrato laboral de carácter indefinido para todos los nuevos contratados con un coste de despido progresivo en función de la antigüedad del trabajador, partiendo de 8 días salario/año hasta un máximo situado entre los 20 días y los 45 días salario/año.

Con esta pretendida medida se derogarían los contratos temporales y el sistema vigente de despido, unificando toda la contratación laboral y los despidos, sin distinción entre despidos disciplinarios o por causas empresariales, o despidos procedentes e improcedentes. Por tanto, y aquí está lo más controvertido, el control judicial quedaría limitado a los despidos nulos por vulneración de los derechos fundamentales y a los despidos disciplinarios sin indemnización con una posible impugnación del trabajador.

En consecuencia, para los actuales despidos disciplinarios la única diferencia entre el despido previsto para el contrato único y la situación actual sería el reconocimiento formal de dicha *improcedencia* por parte del empresario, de forma que, por vía del art. 56.2 ET (LA LEY 1270/1995), la empresa reconociera dicha calificación, aplicándose en este caso una escala progresiva de indemnizaciones ligeramente superior al resto.

Para quienes la defienden, se trataría de equiparar así las diferencias existentes entre nivel de indemnización de los contratos temporales con la superior protección de los contratos indefinidos, así como evitar la segmentación y rotación laboral. Otra cuestión sería dónde fijar el punto de corte entre ambas. Las propuestas que postulan la medida del contrato único abogan por *ligar el aumento de la indemnización a medida que el trabajador gana antigüedad* en la empresa. Esto es, a mayor antigüedad más días de indemnización por año trabajado.

Igualmente, se defiende que la medida facilitaría la igualdad de todos los trabajadores, independientemente del colectivo al que pertenecieran (especialmente los jóvenes, las mujeres, los inmigrantes, etc.), lo que ayudaría a *reducir la desigualdad de oportunidades* que sufren determinados colectivos, más afectados por la excesiva rotación laboral.

No obstante, el camino se ha ido allanando en España con las reformas precedentes de los años 2010 y de 2012. En esa línea se han estado rebajando las indemnizaciones por despido improcedente,

aumentando escalonadamente las de extinción de los contratos temporales, flexibilizando los motivos para los despidos por causas empresariales (arts. 51 (LA LEY 1270/1995) y 52 ET (LA LEY 1270/1995)) o aumentando los periodos de pruebas, como en los contratos indefinidos para emprendedores. En este caso, las indemnizaciones no serían únicas, sino progresivas en función de la antigüedad en la empresa.

Entre aquellos que defienden esta medida se encuentra la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA), la patronal CEOE, la OCDE, la Fundación de Cajas de Ahorros (Funcas) o diversos colectivos de analistas (Politikon, etc.). Destaca la «Propuesta para la Reactivación Laboral en España», presentada en abril de 2009, suscrita por 100 economistas académicos, que incluía reformas en aspectos tales como la contratación laboral, protección por desempleo, políticas activas y negociación colectiva (4) .

De entre las fuerzas políticas, sólo UPyD se mantiene como firme defensor del contrato único, propugnando que una de las bondades de la medida sería el abaratamiento del despido, pues los improcedentes pasarían de 33 días por año a 22 días, y el resto de 20 a 12 días.

Pero, además, desde sectores académicos, juristas como el profesor Juan Antonio SAGARDOY, en un informe distribuido en entornos empresariales y académicos titulado *La reforma del mercado de trabajo*, de abril de 2009 (5) , ya apuntaba la necesidad de reformas de instituciones laborales clave tales como la temporalidad y el paro, abogando para ello, entre otras medidas, por la implantación del contrato único de trabajo o incluso por alternativas como el contrato fijo a término.

Como se ha llegado a indicar, la paradoja del despido libre individualizado es que encarece los costes extintivos de manera desigual, con un especial impacto en la pequeña empresa, motivo por el que prioriza la contratación temporal, sacrificando el coste medio y los procedimientos del despido por causas empresariales, desvirtuado por el propio modelo dual (6) .

En contra de la medida, otros expertos han expresado su discrepancia con la adopción de tan controvertida medida. De entre ellos, un manifiesto titulado *El trabajo, fundamento de un crecimiento económico sostenible* (7) y firmado por 700 especialistas y apoyado por UGT y CC.OO., descartando de inicio cualquier reforma en dicho sentido, y decantándose por seguir apoyando la reforma del 2006 contra los incentivos a la temporalidad descausalizada. El informe denunciaba que la dualidad del mercado laboral se genera por el lado de la demanda (puestos de trabajo temporales) no por el sistema de contratación. Para combatir la temporalidad y la segmentación en el mercado laboral,

ponían más énfasis en el mantenimiento a corto plazo de políticas pasivas de empleo y la ampliación de prestaciones sociales para evitar situaciones de exclusión social, ampliaciones de las prestaciones extraordinarias anticrisis a colectivos no protegidos, e incluso el impulso de políticas de empleabilidad e inserción laboral y la separación de mecanismos de financiación del subsidio contributivo de desempleo y del asistencial.

En definitiva, se trata de un mismo problema, la temporalidad y segmentación del mercado laboral, con dos soluciones planteadas diferentes y contrapuestas (8) . Con todo, se trata del eterno problema sin solución hasta la fecha. Pese a sucederse ya distintos ciclos económicos en España, la precariedad en el empleo y la ineficiencia del actual mercado laboral persiste.

Gobiernos de distinto signo como el PSOE y el PP han ido rebajando progresivamente la brecha existente entre los contratos indefinidos y los temporales, a través de sus respectivas reformas laborales de 2010 y 2012 (Ley 35/2010 y Ley 3/2012, con sus respectivos y urgentes RDL 10/2010, de 16 de junio (LA LEY 12544/2010) y RDL 3/2012, de 10 de febrero (LA LEY 1904/2012)).

Recordemos que en el primero de los casos, se fijaba un límite máximo a la duración de los contratos de obra o servicio determinado [art. 15.1 a) ET (LA LEY 1270/1995)]; se ampliaban los supuestos de la condición de trabajador fijo, establecidos en la reforma de 2006, para los casos de encadenamiento sucesivo de contratos temporales, reformulándose el art. 15.5 ET (LA LEY 1270/1995); y se incrementaba progresivamente la indemnización para los casos de extinción de contratos por expiración del tiempo convenido o realización de obra o servicio pactado [art. 49.1 c) ET (LA LEY 1270/1995)]. Además, por el otro lado, se reformulaban de manera muy importante los supuestos y causas de acceso de las empresas al despido objetivo por causas empresariales [arts. 51.1 (LA LEY 1270/1995) y 6 y 52 c) ET (LA LEY 1270/1995)]; e, igualmente, se fomentaba la flexibilidad interna (modificando los art. 40.2 ET (LA LEY 1270/1995), reformulando el art. 41 ET (LA LEY 1270/1995), el art. 47 y el art. 82.3 ET (LA LEY 1270/1995)). Más tímida fue la reforma de los contratos formativos. Era una primera medida seria para iniciar la convergencia en el trato de uno y otro tipo de contratos.

En la reforma laboral más reciente, la del pasado año 2012, se ahondó más y de manera más decidida en las medidas flexibilizadoras del mercado laboral ya aparecidas en el año 2010. Así, se adelantaba el final de la suspensión de la limitación a los contratos temporales concatenados (adelantándose un año hasta el 31 de diciembre de 2012) y, además, se rebajaba el cálculo indemnizatorio para los despidos declarados improcedentes (paso de 45 a 33 días por año trabajado, con un nuevo tope de 24 mensualidades —antes de 42 mensualidades—), se eliminaban

definitivamente los salarios de tramitación, se ampliaban las posibilidades de acogerse al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (exart. 51 ET (LA LEY 1270/1995)) al no exigir afectación de la medida a la viabilidad de la empresa o capacidad para mantener el volumen de empleo, exonerando incluso de justificación de la razonabilidad de la decisión o la autorización de los despidos colectivos por la autoridad laboral, se flexibilizaban más las condiciones de la relación laboral (jornada, MSCT, movilidad, negociación colectiva, etc.); pero también se creaba e incentivaba ponderadamente un nuevo contrato indefinido de apoyo a emprendedores, con un amplio período de prueba de 1 año; y se ponía mayor voluntad y énfasis en la formación y aprendizaje de los trabajadores.

Por tanto, las últimas reformas emprendidas en el marco de la contratación laboral han incidido en la flexibilización interna y externa, lo que ha llevado a la progresiva disminución de la distancia entre los contratos temporales y los indefinidos, y en la facilitación a los empresarios del uso del despido por causas empresariales, con la consiguiente reducción del coste indemnizatorio.

IV. DUDAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTRATO ÚNICO

Las dudas y críticas sobre la implantación de una nueva reforma por la vía del contrato único se han dirigido a su posible inconstitucionalidad, bien porque el contrato único convertiría en precario todo el empleo (violando así el art. 35.1 CE (LA LEY 2500/1978)), o bien porque la coexistencia de dos distintos tipos de contratos indefinidos violaría el principio de igualdad (vulnerando así el art. 14 CE (LA LEY 2500/1978)).

Además, en la medida en que la propuesta de contrato único tiene como objetivo la eliminación del control judicial del despido, no ya para los que tienen causa empresarial ya instaurada en la última reforma laboral, sino ahora también en la de los propios despidos disciplinarios en general, podría entenderse que se estaría vulnerando además el art. 24 CE (LA LEY 2500/1978), que reconoce la tutela judicial efectiva, en la medida en que la actividad judicial se reduciría a constatar si la medida empresarial tenía un basamento discriminatorio o no.

En primer lugar, debemos recordar que la CE regula el derecho al trabajo en su art. 35.1 en los siguientes términos: *Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse*

discriminación por razón de sexo. Más allá de la proclamación del derecho al trabajo, la doctrina constitucional consagra dicho precepto como un derecho a la estabilidad en el empleo.

E, igualmente, existe un claro mandato a los poderes públicos para realizar una política orientada al pleno empleo y que garantice la formación y readaptación profesional en el art. 40 CE (LA LEY 2500/1978).

Pues bien, dentro de la dimensión del art. 35 CE, antes citado, se encuentra también el control a la decisión unilateral del empresario de prescindir de los servicios del trabajador, yendo más allá, pues a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva (SSTC 7/1993 (LA LEY 2093-TC/1993) y 14/1993 (LA LEY 2131-TC/1993)). Como cita la STC 20/1994, de 27 de enero (LA LEY 2453-TC/1994), *la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE (LA LEY 2500/1978)), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo (SSTC 123/1992 (LA LEY 1969-TC/1992), 98/1993 (LA LEY 2186-TC/1993) y 177/1993 (LA LEY 2237-TC/1993)).*

A la luz de lo anterior, algunos juristas (9) entienden que un único contrato que unificase todas las causas empresariales para el despido sería inconstitucional, por vulnerar el citado art. 35.1 CE (LA LEY 2500/1978), además de contrario al derecho internacional asumido por España. En particular, se refieren al derecho a una tutela judicial frente al despido injustificado, recogido en el Convenio 158 (arts. 4 a 6) de la OIT, art. 30 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Pero, ¿realmente es aceptado en nuestro ordenamiento jurídico el despido libre o *ad nutum*? Ciertamente, como ha venido sentando la doctrina constitucional, entre otras la STC 192/2003, de 27 de octubre (LA LEY 2902/2003), *tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma. Ello no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de*

empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ad nutum de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 (LA LEY 2500/1978) y 38 CE (LA LEY 2500/1978) y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho. No debe olvidarse que hemos venido señalando desde nuestra STC 22/1981 (LA LEY 187/1981), de 2 de julio, FJ 8, que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE (LA LEY 2500/1978)) se concreta en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa».

Ahora bien, continúa argumentando la anterior sentencia, de este constitucional rechazo al despido libre (o sin causa) no puede seguirse, sin embargo, la pretendida consecuencia de su nulidad como ineludible alternativa a la improcedencia indemnizada pues como, expresamente establece la STC de 30 de enero de 2003, con remisión a sus anteriores pronunciamientos de 19 de julio de 1990 y 25 de febrero de 2002 «Si bien es cierto que la circunstancia de que el acto extintivo sea improcedente, al carecer de causa, no implica por defecto que sea además discriminatorio, al no derivar automáticamente de su antijuridicidad la vulneración constitucional».

En realidad, la cuestión ya fue resuelta por el propio TS que, tras vincular la nulidad del despido exclusivamente a los supuestos previstos en el art. 55.5 ET (LA LEY 1270/1995), añadió que la *improcedencia no equivale en absoluto a un desistimiento unilateral del empresario, sino que tiene unas consecuencias indemnizatorias previstas en la Ley* (STS de 12 de julio de 2004)

Efectivamente, de forma expresa el art. 10 Convenio 158 de la OIT se remite al disponer que *si los organismos mencionados en el art. 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.*

No obstante lo anterior, no queda con ello totalmente privada la posibilidad del trabajador del acceso a los tribunales cuando considere que la extinción de su contrato de trabajo tiene un móvil discriminatorio, y por tanto con la consideración de nulo, quedando incólume su tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 CE. Ahora bien, para que pueda ser declarada la existencia de un despido radicalmente nulo por fraude de ley, se requiere la concurrencia de una elevada dosis de arbitrariedad en la actuación empresarial, no bastando que esa actuación sea ilícita o contraria a la

ley —pues todo despido nulo o improcedente se lleva a cabo en contradicción con la ley— sino que esa antijuridicidad ha de ser especialmente intensa, excepcional y extrema, de modo que resulten vulnerados los más elementales principios del ordenamiento jurídico laboral. Esta misma doctrina tiene su refrendo igualmente en el TS, en su resolución de 15 de octubre de 2004, constituido en Sala General, significando en orden a la nulidad que respecto a la nulidad radical como respecto a la nulidad simple, que solamente se pueden apreciar cuando la decisión empresarial sea discriminatoria o vulnere derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (véase al efecto *v. gr.* las SSTS de 12 de julio de 1986, 27 de enero y 18 de mayo de 1987, 20 de febrero de 1989, 11 de abril, 16 de mayo y 5 de octubre de 1990).

Igualmente, como ya declarara la STC 17/2003, de 30 de enero (LA LEY 793/2003), *la existencia de un fraude en la contratación no justifica constitucionalmente el cese si tras él subyace un empleo discriminatorio de la causa extintiva, siendo exigible al demandado como en cualquier otro caso, si se ha ofrecido un panorama indiciario, la prueba de que la medida fue ajena a la vulneración del derecho fundamental. Y es que, al margen del efecto legal que posea la concurrencia del fraude declarado, cuando se ha aportado un indicio de vulneración constitucional no nos moveremos ya en el plano de la legalidad ordinaria, en el que la extinción de un contrato temporal por la llegada de su término final puede operar como causa de finalización de la relación laboral [art. 49.1 c) ET (LA LEY 1270/1995)], perteneciendo la medida al ámbito de la libertad de contratación del empleador salvo que otra cosa se deduzca de los pactos y convenios colectivos a cuyo carácter imperativo y fuerza vinculante se encuentre sujeto. Al contrario, en ese escenario la cuestión radicará en discernir si el cese constituyó realmente una extinción consensual (por vencimiento del término pactado) o si respondió a una vulneración del derecho fundamental aducido (aquí la prohibición de discriminación), debiendo realizarse nuestro control superando los meros planos de la legalidad para confrontar en el caso concreto el acto extintivo de la empresa con el precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de sexo (art. 14 CE (LA LEY 2500/1978)) y cuyo predominio debe quedar garantizado, pues, incluso si concurriera causa legal para proceder a la extinción, la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales (SSTC 94/1984, de 16 de octubre (LA LEY 335-TC/1985); 166/1988, de 26 de septiembre (LA LEY 3617-JF/0000), o 173/1994 (LA LEY 2566-TC/1994), de 7 de junio).*

En consecuencia, por tanto, deben articularse los medios necesarios por el legislador para llevar a asegurar un procedimiento formal con las garantías necesarias para el trabajador, así como el

reconocimiento de las consecuencias que acarree legalmente, con especial atención a las consecuencias derivadas del despido disciplinario dada su naturaleza sancionadora para el empresario (la controvertida *indemnización adecuada*).

Por último, se ha criticado que la implantación del denominado contrato único lo que haría sería eliminar una dualidad o segmentación del mercado laboral, para crear otra nueva, al sustituir contratos indefinidos anteriores a la misma por otros contratos únicos, pudiendo llegar a producirse un *efecto sustitución* de los antiguos por los nuevos, dada la rebaja sustancial del coste del despido, por lo menos para los actuales fijos. Ello podría generar, problemas de diferencia de trato entre trabajadores en similares circunstancias, vulnerando el art. 14 CE (LA LEY 2500/1978), así como el riesgo de comisión de ciertas prácticas empresariales fraudulentas. Todo ello sin perjuicio de entrar a valorar el respeto y protección a los derechos adquiridos por los trabajadores con contrato preexistente.

A tal respecto, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por cualquier motivo que, en materia de empleo, supone igualdad de condiciones de acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Con especial sensibilidad se ha empleado el legislador en este campo, partiendo de la normativa comunitaria, objeto de transposición por el Estado español: la Directiva 2000/78/CE (LA LEY 10544/2000), sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2000/43/CE (LA LEY 7632/2000), sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y la Directiva 2002/73/CE (LA LEY 11316/2002), que modifica la Directiva 76/207/CEE (LA LEY 217/1976) del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo. A nivel nacional, más recientemente, destacar el mayor esfuerzo en la LO 3/2007 (LA LEY 2543/2007) de igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Siguiendo al Profesor GOERLICH (10) , se encuentran en la doctrina jurisprudencial, tanto constitucional como ordinaria, supuestos cuyas peculiaridades permiten aceptar la legitimidad del tratamiento diferenciado en función de la fecha de contratación. En relación a supuestos relativos a retribuciones, complementos o prestaciones laborales, por ejemplo, los tribunales sí han encontrado justificación suficiente a las cláusulas de doble escala salarial cuando las mismas se fundamentan en específicos compromisos de empleo por parte empresarial y/o se relacionan con situaciones de crisis

acreditadas, superando el juicio de razonabilidad y proporcionalidad propio del principio de igualdad [v. gr. SSTs de 12 de noviembre de 2002 (LA LEY 2365/2003) (Rec. 4334/2001) o de 14 de marzo de 2006 (LA LEY 39812/2006) (Rec. 181/2004), como para las de otro tipo]. Sin embargo, ello no obsta a que una misma realidad siendo tratada de manera distinta y estática, delimitada única y exclusivamente en función de la fecha de su ingreso en la empresa, pudiera encontrar un reprochable constitucional desde la perspectiva del derecho a la igualdad (véase la STC 27/2004 (LA LEY 968/2004), de 4 de marzo).

Como indica el mismo TC, la minusvaloración de un grupo segregado y peor tratado respecto a otro por dicho único factor diferencial sin más, no tiene acomodo en la Constitución a la luz del principio de igualdad (art. 14 CE (LA LEY 2500/1978)) ni tampoco en la perspectiva social que impone esa connotación de nuestro Estado de Derecho en conexión con la igualdad efectiva de los individuos y los grupos en que se integra (art. 9.2 CE (LA LEY 2500/1978)). Así por ejemplo, como distinguía la STC 177/1993, de 31 de mayo (LA LEY 2237-TC/1993), no es un argumento constitucionalmente válido el mero acogimiento a un simple factor diferencial temporal (antigüedad) como fundamento del diferente concepto y método de cálculo salarial, desfavoreciendo a determinados trabajadores con relación a sus compañeros más antiguos por razón de datos tan inconsistentes como los mencionados.

Pero el problema de la igualdad podría ser incluso otro, distinto ya al tratado de la existencia de dos modelos de empleabilidad distintos, uno subsistente y otro creado *ex novo*. Podría llegar a plantearse incluso la existencia del mismo vicio constitucional al tratar de igual manera a distintas realidades existentes (dificultades de acceso de empleo joven o de mayores de 45 años, acceso de la mujer al empleo, trabajadores faltos de formación o experiencia necesaria, o núcleos de población laboral o sectores de empleabilidad con especiales necesidades o particularidades). No olvidemos que, como se ha reiterado doctrinalmente, pero en sentido contrario, la instauración de un régimen jurídico especial no implica por sí mismo y en abstracto una discriminación, constitucionalmente prohibida, desde el momento en que el tratamiento diferente corresponde a situaciones también diferentes. (SSTC 79/1983 (LA LEY 40495-NS/0000) de 5 de octubre y 1/1984 (LA LEY 9/1984) y 49/1983 (LA LEY 172-TC/1983)). Precisamente por eso, entendemos que aquí también podría haber problemas de encaje constitucional. La cuestión fundamental aquí es determinar si los poderes públicos, podrían adoptar una sola medida (el contrato único) para tratar de equiparar situaciones por igual distintas,

pues es más claro que medidas específicas en favor de determinados colectivos o segmentos de empleabilidad pueden corregir mejor situaciones patentes de desigualdad de hecho.

Sea como fuere, lo que sí es evidente es que la instauración de una medida tan contundente como el contrato único, *per se*, necesitaría una regulación medida y progresiva que ataje cualquiera de estas cuestiones. Dicha regulación, en cualquier caso, deberá ser extensiva, razonable y proporcionada en relación con el objetivo perseguido. La doctrina constitucional (por todas STC 216/1991, de 14 de noviembre (LA LEY 2498-JF/0000) y 28/1992 (LA LEY 2738-JF/0000) de 9 de marzo), ya venía señalando que *la incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 CE (LA LEY 2500/1978) sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14, supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial. Así lo viene entendiendo este Tribunal constantemente (SSTC 128/1987 (LA LEY 855-TC/1987), 166/1988 (LA LEY 3617-JF/0000), 19/1989 (LA LEY 304/1989) y 145/1991 (LA LEY 1743-TC/1991))*. Pareciera que la igualdad se alcanzara antes por dicha vía.

V. CONCLUSIONES

El mercado laboral es muy interdependiente de la evolución del sistema económico (procíclico), del sistema presupuestario, del sistema fiscal y del sistema educativo, y esta interdependencia es aún más visible en tiempos de crisis o recesión económica. Se ha demostrado que la mejora en el empleo se ha obtenido mediante la concurrencia y ponderación de otros factores como la misma evolución económica, la innovación tecnológica en sectores clave, y la especialización de la mano de obra. Es decir, *la mejora en el empleo no se alcanza directamente mediante la tramitación de nuevas normas, aunque sí ayuda a alcanzar una deseable flexibilidad o confianza en la contratación*.

Existen factores clave más importantes que inciden de manera directa en las bases para la creación de un mercado laboral estable. Nos referimos a la necesaria formación profesional y cualificación de la mano de obra, en la medida en que está demostrado que los trabajadores mejor formados son más eficientes y, por tanto, más productivos y su nivel de permanencia en el mercado laboral es superior. La última reforma laboral de 2012 puso especial énfasis en dicha idea, pero también es cierto que para llevarla a cabo es necesaria una apuesta económica clara y decidida que la favorezca, así como la apuesta decidida por el impulso de canales de inserción laboral favorables con instituciones y

empresas. Además, dicha línea de actuación tiene que ser estable y constante en un medio-largo plazo hasta alcanzar sus frutos.

En consecuencia, la propuesta del contrato único en sí mismo no asegura la estabilidad en el empleo, ni asegura la reducción de la rotación, pues así lo confiesan sus promotores. Es más, como ha llegado a asegurarse (11) y (12) , incluso puede aumentar dicha incidencia si las empresas utilizan los despidos para ir sustituyendo trabajadores. La propuesta puede generalizar la precariedad laboral, aún en forma de empleos indefinidos sujetos a despidos improcedentes con indemnizaciones más bajas que las vigentes. Por tanto, cualquier medida normativa adicional que tienda a mejorar la actual situación del mercado laboral, debe tender, no solo a dar facilidades de empleabilidad por las empresas, sino también asegurar la calidad del empleo asegurando unas condiciones y garantías dignas para los trabajadores.

El marco legal es básico para orientar, fomentar y favorecer un empleo de mayor calidad, flexibilizando las barreras de entrada y salida del mercado laboral, y asegurando una igualdad de oportunidades para todos en condiciones de empleabilidad digna y con respeto de los derechos básicos de los trabajadores. Ahondar en un mayor nivel de empleo con una mentalidad cortoplacista y unas condiciones mediocres sería falsear la realidad sin solucionar el problema. Incluso pudiera agravarlo. Sólo a partir de dichas bases se podrá creer y crecer.

(1)

<http://www.europapress.es/economia/noticia-banez-dice-contrato-unico-abarataria-coste-despido-20130522110333.html#AqZ1sWam3FvnVySD>

[Ver Texto](#)

(2)

ROSELL da su receta contra el paro... ¡y se queda solo! http://www.teinteresa.es/dinero/Rosell-aboga-quitar-privilegios-indefinidos_0_977302601.html#WaQ11Hqh2GvhV1Z5

[Ver Texto](#)

(3)

<http://www.expansion.com/2013/05/13/economia/1368446734.html>

[Ver Texto](#)

(4)

Propuesta para la Reactivación Laboral en España, abril de 2009, suscrita por 100 economistas académicos, que incluía reformas en la contratación laboral, la protección por desempleo, las políticas activas y la negociación colectiva.

[Ver Texto](#)

(5)

SAGARDOY, J. A., La reforma del mercado de trabajo: ideas para un debate, abril de 2009.

[Ver Texto](#)

(6)

LAHERA FORTEZA, J., (2009), «Elogio y crítica jurídica a la propuesta del contrato de trabajo único», en Relaciones Laborales, núm. 1, Sección Crónica nacional, quincena 8-23 de enero de 2010, año XXVI, pág. 1251, tomo 1 (La Ley 21905/2009).

[Ver Texto](#)

(7)

El trabajo, fundamento de un crecimiento económico sostenible, manifiesto de 700 economistas sobre la reforma laboral,

[Ver Texto](#)

(8)

«Dos visiones frente a 10 preguntas sobre la reforma laboral: G-700 y G-100», en Diario El País, 2 de octubre de 2009.

[Ver Texto](#)

(9)

Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., 2009, B, págs. 3 a 6, siendo una crítica que preside el manifiesto de los 700 expertos laborales.

[Ver Texto](#)

(10)

GOERLICH PESET, José María, «¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?», en Relaciones Laborales, núm. 1, Sección Crónica nacional, quincena 8-23 de enero de 2010, año XXVI, tomo 1, Ed. La Ley.

[Ver Texto](#)

(11)

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., (2009), «Sobre el contrato de trabajo "único"», en Relaciones Laborales, núm. 10, págs. 1-12. Véase también, «Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único», Relaciones Laborales, núm. 1, Año XXVI, Quincena del 8 al 23 de enero de 2010.

[Ver Texto](#)

(12)

ZUFIAUR, J.M., 2009, «La "gota malaya" de la reforma laboral», en <http://www.ugt.es/claridad/numero17/zufi17.pdf>

[Ver Texto](#)