

# **LA CAPITALIZACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO, UNA REFORMA EN MARCHA**

## **Comunicación a las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social**

M<sup>a</sup> Teresa Velasco Portero

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho del Trabajo de INSA-ETEA, Facultad de Empresariales

Universidad de Córdoba. España

### **SUMARIO:**

**I. INTRODUCCIÓN: VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL ACTUAL SISTEMA DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN SITUACIONES DE CRISIS ECONÓMICA**

**II. MODELOS DE CAPITALIZACIÓN ALTERNATIVOS: EL SISTEMA AUSTRIACO Y LOS FONDOS DE CESANTÍA LATINOAMERICANOS**

**III. LA REFORMA DE 2010 Y LAS PREVISIONES DEL PACTO SOCIAL DE 2 DE FEBRERO DE 2011**

**IV. BIBLIOGRAFÍA**

### **TEXTO:**

**I. INTRODUCCIÓN: EL DEBATE SOBRE LA INFLUENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN LA CRISIS ECONÓMICA**

La crisis económica mundial ha tenido un efecto dramático en España, donde las últimas estadísticas oficiales hablan de una tasa de paro superior al 20%<sup>1</sup>. Esta tasa de paro se debe tanto a la destrucción de empleo como a la falta de creación de nuevos puestos de trabajo. Los empresarios han amortizado fundamentalmente puestos de trabajo temporales (tanto los cubiertos por medio de Empresas de Trabajo Temporal como los cubiertos por contratos laborales temporales), así como aquellos puestos ocupados por los trabajadores con menor antigüedad en la empresa, cuya indemnización por extinción de contrato era por tanto menor que la de sus compañeros.

---

<sup>1</sup> La tasa de paro del 4T de 2010 es del 20,33% (con picos del 28,35% en Andalucía y 28,96% en Canarias).

Según algunos analistas, este tipo de decisiones, motivadas por la vinculación entre indemnización por despido y antigüedad en la empresa, influyen en la perpetuación de la crisis, ya que por una parte los empresarios no se atreven a celebrar contratos indefinidos (por el miedo al coste de una posible extinción) y, por otra, la mano de obra que permanece en la empresa es la más cara, puesto que el salario de los trabajadores con más antigüedad también suele ser más alto.

Por ello, el debate sobre la reforma laboral incluyó la referencia a la necesidad de cambiar el régimen de la indemnización por despido de manera que se eliminaran estos efectos secundarios en el mercado de trabajo. De esta manera, los documentos elaborados por el gobierno con carácter previo a la reforma legislativa ya incluían una llamada a la reflexión sobre la posibilidad de adoptar el llamado “sistema austríaco”, que en realidad no era original puesto que se venía aplicando desde hace tiempo en países de América Latina como Chile, Ecuador o Colombia. El sistema consiste en constituir un Fondo al que se van haciendo aportaciones periódicas (bien sea solo por el empresario o bien también por el trabajador), que el trabajador puede recuperar cuando se produce la extinción de su contrato. Sin embargo, hay una diferencia importante entre la figura que se propone para España y los Fondos de Cesantía Latinoamericanos: en el caso de los Fondos de Cesantía se trata fundamentalmente de sistemas de protección social por desempleo (con matices, puesto que por ejemplo en el caso del Chile la familia puede retirar el dinero en caso de fallecimiento). En cambio, en España se trata de una protección distinta y adicional a la prestación por desempleo que otorga la Seguridad Social; su naturaleza es indemnizatoria, es decir, el empresario compensa al trabajador por el perjuicio que le supone perder su puesto de trabajo. Aparte de esta indemnización, cuando un trabajador pierde su puesto de trabajo de manera involuntaria accede a una protección social durante el tiempo que está fuera del mercado laboral; la prestación de desempleo, con sus dos niveles contributivo y asistencial está regulada por la ley, que fija los requisitos para acceder a ella, su cuantía (dependiente de las cotizaciones efectuadas durante el periodo anterior a la pérdida del puesto de trabajo), su duración, etc.

La reforma no afecta a la protección por desempleo sino a la indemnización por despido, y se ha optado por sentar las bases para la sustitución del actual sistema por nuevo modelo, que deberá producirse por medio de reformas legislativas posteriores.

## II. MODELOS DE CAPITALIZACIÓN ALTERNATIVOS: EL SISTEMA AUSTRÍACO Y LOS FONDOS DE CESANTÍA LATINOAMERICANOS

### 1. El Sistema Austríaco<sup>2</sup>

Hasta el año 2003, el derecho laboral austríaco reconocía que el trabajador tenía derecho a una indemnización por despido, que debía hacerse efectiva por el empresario en determinados supuestos. Las principales características de su régimen jurídico eran las siguientes:

- a) El trabajador tenía derecho a la indemnización tanto en los casos de mutuo disenso como en todos los casos de despido del trabajador por el empresario, ya fuese despido por causas económicas o por causas relativas al comportamiento o la persona del trabajador, siendo irrelevante que el despido fuese o no justificado. Como excepción, el empresario no estaba obligado a pagar la indemnización en los casos en que era el trabajador el que rescindía el contrato de trabajo o cuando se trataba de un despido disciplinario procedente. No obstante, si el trabajador impugnaba el despido ante los Tribunales, el empresario estaba obligado a pagarle la indemnización, que debía ser devuelta si la sentencia era favorable al trabajador y este volvía a su puesto de trabajo.
- b) Para tener derecho a la indemnización, el contrato debía haber tenido una duración superior a tres años.
- c) La cuantía de la indemnización dependía del Último salario mensual y de la antigüedad en la empresa: el mínimo (después de tres años de antigüedad) era de dos meses de salario, y el máximo de 12 meses de salario con 25 años en la empresa

En el año 2003 se produce la reforma del sistema, que se sustituye por el llamado *Abfertigung neu (sistema nuevo)*. Este sistema se aplica a las relaciones laborales iniciadas con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor, así como a las anteriores en el caso de que empresario y trabajador pacten su traspaso al nuevo sistema.

El régimen jurídico del nuevo sistema es el siguiente:

- a) El empresario esta obligado a pagar por cada trabajador un 1,53% de su sueldo (entendiendo por tal el salario mensual y los complementos salariales) a una Caja de Prevención Laboral.

---

<sup>2</sup> En detalle sobre las características de este modelo, vid. Velasco Portero, M<sup>a</sup> T. y Fröhlich, M. “Los sistemas alemán y austríaco como modelos inspiradores de la reforma laboral en España” AL 14/2010

b) Las Cajas son empresas privadas, independientes de los empleadores, cuya función consiste en colocar el capital; la selección de la Caja concreta con la que se va a trabajar tiene que realizarse por medio de un acuerdo de empresa, suscrito entre el empresario y el comité de empresa o bien por decisión del empresario en los casos en que en la empresa no exista Comité. Una vez seleccionada una Caja de Prevención Laboral, el empresario debe acordar con ella las modalidades de la colocación de capitales en el mercado, ajustándose a los términos pactados con los representantes de los trabajadores en el correspondiente acuerdo de empresa.

c) Cada trabajador tiene una cuenta en la Caja, cuya cuantía depende del éxito que tenga la Caja en la colocación de los capitales en el mercado, aunque en todo caso esta tiene que garantizar al trabajador un mínimo equivalente a las cuotas pagadas por el empresario.

d) Los derechos acumulados permanecen en una cuenta del empleado hasta su jubilación, a menos que el contrato de trabajo haya sido rescindido por iniciativa del empresario, en cuyo caso se puede exigir el pago en dinero. Los trabajadores pueden obtener la indemnización solo en aquellos supuestos en los que tenían derecho en el sistema anterior, y siempre que las aportaciones hayan sido realizadas a la Caja durante tres años.

e) En los supuestos en que el trabajador tiene derecho al pago, puede elegir entre varias opciones: percibir el dinero, mantener la inversión en la misma Caja o en la Caja de su nuevo empresario, o bien transferir el importe como pago a tanto alzado a un fondo de pensiones.

f) En determinados supuestos el trabajador, pese a producirse la extinción del contrato, no puede pedir el pago de la cantidad ahorrada. Son los siguientes: cuando es el propio trabajador el que ha rescindido el contrato, cuando la relación laboral tenía una antigüedad menor de tres años o cuando no han transcurrido aún tres años desde la última disposición. En estos casos el trabajador no pierde la cantidad ahorrada, sino que permanece en el Fondo, y su cuenta puede ser transferida a la nueva relación.

## **2. Los Fondos de Cesantía Latinoamericanos**

El sistema descrito presenta algunos elementos en común con los “Fondos de Cesantía” que existen en diversos países latinoamericanos; en el caso de Chile, por ejemplo, existe un Seguro de Cesantía, al que realizan aportaciones el Estado, el empresario y el trabajador. Cuando el trabajador queda en paro, puede retirar dinero de su cuenta

individual y, en su defecto, lo hará cuando se jubile (libre de impuestos). En caso de fallecimiento del trabajador, podrán retirar el dinero sus herederos.

Este Seguro, que en parte es un seguro de desempleo, tiene conexiones con la indemnización por despido a la que tiene derecho el trabajador en los casos de extinción por causas económicas, puesto que parte de la aportación realizada por el empresario es deducible de dicha indemnización.

En Ecuador también existe un Seguro de cesantía, como protección frente al desempleo, que es un fondo individual acumulado con aportaciones de empresario y trabajador. En Colombia también se regula la figura de las Cesantías, prestación social que tiene origen en el contrato de trabajo; tienen un carácter obligatorio y deben ser reconocidas liquidadas anualmente por el empleador al empleado. Por Ley, equivalen a un mes de trabajo por cada año laborado y no son entregadas directamente al trabajador sino que son consignadas al Fondo de Cesantías donde éste se encuentra afiliado. Tienen como fin servir como seguro de desempleo, o para financiar vivienda y educación.

Como hemos dicho, los sistemas descritos no coinciden exactamente con la reforma que se pretende para España, puesto que las Fondos no sustituyen a la indemnización por despido, sino que tienen más bien una finalidad protectora frente a los efectos económicos de la situación de desempleo. Sin embargo, por la similitud en el funcionamiento con el modelo que se pretende implantar, son experiencias que deben ser tenidas en cuenta.

### **III. LOS PASOS HACIA EL NUEVO MODELO: LA REFORMA DE 2010 Y LAS PREVISIONES DEL PACTO SOCIAL DE 2 DE FEBRERO DE 2011**

#### **1. La indemnización por despido en la ley 35/2010**

La ley 35/2010 inicia el camino hacia la asunción de un modelo de indemnizaciones por despido similar al austríaco<sup>3</sup>. Su Disposición Transitoria Tercera establece que “En los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir de 18 de junio de 2010 cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores<sup>4</sup> o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización

---

<sup>3</sup> En realidad, asumiendo las previsiones del Decreto-Ley 16/2010 de reforma del mercado laboral en el que tiene su origen.

<sup>4</sup> Despido objetivo y despido colectivo

que corresponda al trabajador será abonada directamente por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. 2. La indemnización se calculará según las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos en función de la extinción de que se trate y de su calificación judicial o empresarial. No será de aplicación en este supuesto el límite señalado para la base del cálculo de la indemnización previsto en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores. 3. El abono procederá siempre que el contrato haya tenido una duración superior a un año y cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa. (...) 6. El abono de parte de la indemnización a que se refiere esta disposición se financiará con cargo al Fondo de Garantía Salarial. 7. Lo establecido en esta disposición será de aplicación hasta la entrada en funcionamiento del Fondo de capitalización a que se refiere la disposición adicional décima”

Esta es una medida transitoria, que se sustituirá en un futuro por el siguiente sistema: **“Disposición adicional décima. Fondo de capitalización.** El Gobierno, en el plazo máximo de un año a partir de 18 de junio de 2010, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, aprobará un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar.

La regulación reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Las indemnizaciones a abonar por el empresario por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo. El Fondo deberá estar operativo a partir de 1 de enero de 2012.”

De esta manera se pone en marcha la regulación de un sistema inspirado en el modelo austríaco que hemos expuesto anteriormente, a pesar de las dificultades que presenta su traslación al ordenamiento español.<sup>5</sup> El primer paso en la transición al nuevo modelo consiste en que el FOGASA asume directamente el pago de parte de las

---

<sup>5</sup> Vid. GÓMEZ, V. “¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austríaco?, *RL* 12/2010. pp. 135 y ss.

indemnizaciones, mientras se pone en marcha la nueva figura del Fondo de Capitalización<sup>6</sup>.

El papel tradicional del FOGASA, limitado a los supuestos de insolvencia empresarial puede cambiar radicalmente en la ley que regule el nuevo Fondo de Capitalización. Esto ya había empezado a ocurrir, puesto que desde el año 2006 cuando se trata de empresas el Fondo de Garantía Salarial abona el 40 % de la indemnización legal que corresponde a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del mencionado Expediente de Regulación de Empleo. A este supuesto, hay que añadir la mencionada novedad introducida por la ley 35/2010, en el sentido de que el FOGASA pagará de manera directa parte de la indemnización por despido objetivo de los contratos indefinidos celebrados a partir de 18 de junio de 2010 (en concreto, 8 días por año de servicio de los 20 días por año de servicio a los que tiene derecho el trabajador). El próximo paso será la constitución del Fondo de Capitalización, que puede asumir estas funciones de pago directo del FOGASA y ampliarlas, o bien puede ser desplazado de estas funciones por un nuevo organismo, quedando otra vez limitado a su papel originario de proteger al trabajador en caso de insolvencia empresarial.

## **2. Las previsiones del Pacto Social de 2 de febrero de 2011**

El texto del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, firmado el 2 de febrero por el gobierno, sindicatos y patronal contiene un nuevo imperativo para el Gobierno: expresamente señala que este debe aprobar, con anterioridad al 18 de junio de 2011, el proyecto de Ley por el que se regule la constitución de un fondo de capitalización para los trabajadores.

En este sentido, el Pacto incluye algunas concreciones del nuevo sistema:

- No puede suponer un incremento de las cotizaciones empresariales
- El Fondo se mantendrá a lo largo de la vida laboral del trabajador por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar.

---

<sup>6</sup> Recordemos que el FOGASA es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo e Inmigración, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que abona a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario. Además, en determinados supuestos también abona parte de las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación. Como regla general, el Fondo de Garantía Salarial se subroga en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere la ley. Se financia con las cotizaciones empresariales, actualmente el 0,2% de las bases de cotización.

- El Fondo se hará efectivo no solo en los supuestos de despido, sino también en los de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación.

Las tres decisiones señaladas ya están tomadas, pero quedan muchos otros temas por concretar. Por ello, con el objetivo de analizar el funcionamiento de instituciones similares que existen en otros países de nuestro entorno y su posible adaptación al sistema español de relaciones laborales en el Pacto se acuerda la creación de un grupo de expertos, que deben proponer alternativas abordando las siguientes cuestiones:

- Si el sistema se aplicará a todos los contratos de trabajo vigentes o solo a los que se celebren con posterioridad a su entrada en vigor.
- Si se va a configurar como un nuevo derecho de capitalización individual para los trabajadores o si, por el contrario, debe estar relacionado con los costes de extinción del contrato de trabajo.
- El tipo de institución más adecuada para su gestión.
- Aspectos relacionados con su financiación.

Las conclusiones del trabajo de este grupo de expertos se pondrán a disposición de las partes firmantes del Pacto Social, y a partir de ellas el Gobierno aprobará el proyecto de ley relativo al fondo de capitalización, previa consulta y negociación con las organizaciones empresariales y sindicales firmantes.

### **3. Las dificultades prácticas del cambio de modelo**

Es evidente que la transición a un nuevo modelo de indemnización por despido no es tarea fácil; hay que concretar muchas cuestiones, y cada decisión que se adopte sobre algún aspecto concreto tendrá consecuencias económicas que pueden llevar al éxito o el fracaso del nuevo sistema en su conjunto. Además, el propio concepto de capitalización puede presentar inconvenientes, puesto que con el actual modelo, el empresario que opta por mantener los puestos de trabajo tiene el incentivo de ahorrarse el coste de la indemnización; si se cambia a un sistema de capitalización, ese incentivo desaparece, por lo que pueden aumentar los despidos. A sensu contrario, se puede argumentarse que se facilita la creación de empleo, puesto que el empresario pierde el miedo a las cuantiosas indemnizaciones a las que tienen derecho los trabajadores fijos con mucha antigüedad en la empresa.

El Pacto Social ha fijado tres elementos como punto de partida, que vamos a analizar:

- a) No puede suponer un incremento de las cotizaciones empresariales:* Que el nuevo modelo no debe suponer un incremento de cotizaciones empresariales ya



lo había establecido la Ley 35/2010, y el Pacto insiste en ello. La cuestión, a priori, parece complicada, puesto que la solución más inmediata parecía ser que si el Fondo viene a sustituir a la indemnización por despido que deben abonar los empresarios, fuesen los propios empresarios los que financiasen el Fondo.

Esta solución parece descartada, por lo que habrá que explorar otras alternativas: el ministro de Trabajo ha sugerido que se puede establecer un tipo de cotización empresarial al Fondo, compensado con una rebaja de otras cotizaciones por ejemplo, de las correspondientes a desempleo<sup>7</sup>. Es una solución interesante en la pura teoría, pero en la práctica supondrá que el Estado tendrá que hacer frente a un nuevo gasto relativo a protección social sin incrementar sus ingresos vía cotizaciones empresariales.

La literalidad tanto de la ley como del pacto admiten la posibilidad de que el trabajador participe en la financiación del Fondo (solo queda excluido el incremento de las cotizaciones empresariales). A su vez, en este caso caben dos posibilidades: que se trate de una aportación obligatoria para financiar el Fondo básico, o que se establezca una posible aportación voluntaria en el caso de que el trabajador quiera incrementar su cobertura. Ya que el Pacto establece que los sindicatos deben firmar las propuestas que presente el grupo de expertos, no parece probable que acepten la participación obligatoria de los trabajadores, aunque nada obsta a que pueda preverse una participación voluntaria de mejora de mínimos. En este caso habría que estudiar también el tratamiento fiscal que se otorgaría a las aportaciones del trabajador, para que fuese atractivo.

*b) El Fondo se mantendrá a lo largo de la vida laboral del trabajador por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar:* Es decir, no es necesario que el Fondo sustituya de manera íntegra la indemnización actualmente prevista para el despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año y con un máximo de 42 mensualidades. De hecho, ni siquiera el modelo austríaco sustituye a una indemnización tan elevada, porque su límite máximo son doce meses de salario. Podría establecerse que el sistema se refiriese a los 8 días por año de servicio que tras la reforma laboral asume el FOGASA en determinados casos de

---

<sup>7</sup> Gómez, V. “¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austríaco?”, *Relaciones Laborales*, nº 12/2010.

despido<sup>8</sup>; en esta línea, el ministro de Trabajo Valeriano Gómez estima que “una opción mediante la cual el seguro se hiciera cargo de un coste equivalente a 8 días de salario por año de antigüedad acumulada podría ser financiada con una cotización de entre 0,3 a 0,5 puntos de cotización sobre la masa salarial”<sup>9</sup>.

c) *El Fondo se hará efectivo no solo en los supuestos de despido, sino también en los de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación.*

Este es un tema trascendente: el Fondo no va a ser solo de capitalización de la indemnización por despido, sino que abarcará otros supuestos, unos de naturaleza indemnizatoria y otros no. En el caso de movilidad geográfica, hay que entender que se refiere a la indemnización prevista para el trabajador en el caso de que opte por extinguir su contrato en lugar de aceptar el traslado<sup>10</sup>. No se trata de un despido sino de una extinción del contrato por voluntad de trabajador, pero que ha venido determinada por una decisión del empresario basada en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y que le resulta perjudicial.

La posibilidad de hacer efectivo el Fondo en el momento de la jubilación va en la línea de que el Fondo se configure como una nueva prestación, complementaria del sistema de pensiones, y no como una simple externalización de la indemnización por despido. Más extraña resulta la posibilidad de hacer efectivo el fondo “para el desarrollo de actividades de formación”, cuestión que no encaja ni entre los supuestos indemnizatorios ni entre las que podríamos considerar “situaciones de necesidad” (situaciones de incapacidad del trabajador, etc.).

---

<sup>8</sup> Disposición Transitoria Tercera de la Ley 35/2010: “En los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir de 18 de junio de 2010 cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será abonada directamente por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año”

<sup>9</sup> Gómez, V. “¿Es posible trasladar a España...?”, op. Cit.

<sup>10</sup> Art. 40 ET: “Notificada la decisión de traslado, el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”.

Quedan fuera de las previsiones de la ley varios supuestos que sería deseable proteger, como es la posibilidad de hacer efectivo el Fondo en los casos de extinción de contratos temporales (que técnicamente no son despidos), o bien aquellos supuestos de incapacidad o invalidez del trabajador, así como la extinción por voluntad del trabajador basada en incumplimiento grave y culpable del empresario; sería deseable que estas eventualidades también estuviesen amparadas por el Fondo. Más razonable resulta excluir aquellos supuestos en que la extinción del contrato se produce por voluntad libre del trabajador, salvo que el trabajador quede sin puesto de trabajo y sobrevenga alguna situación de necesidad.

Sobre estos tres aspectos ya hay consenso entre gobierno, patronal y sindicatos; a partir de ahí, hay que diseñar el sistema, y para ello el Pacto da unas pautas, que comentamos a continuación:

- a) *Ámbito de aplicación del sistema*: Las opciones principales son la aplicación a todos los contratos de trabajo vigente, o bien una aplicación progresiva, de manera que el sistema solo se aplique a los contratos que se celebren con posterioridad a su entrada en vigor. Esta última opción fue la que se adoptó en Austria, ya que una entrada en vigor inmediata y universal puede ser excesivamente costosa para el erario público, teniendo en cuenta que no se incrementan las cotizaciones empresariales. Una tercera opción, que aunque no se menciona en el Pacto nada obsta a que se proponga, es que se aplique a los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley de creación del Fondo, así como a aquellos contratos celebrados con posterioridad a 18 de junio de 2010, sustituyendo el papel que la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 35/2010 le otorga al FOGASA.
- b) *Si se va a configurar como un nuevo derecho de capitalización individual para los trabajadores o si, por el contrario, debe estar relacionado con los costes de extinción del contrato de trabajo*: Consideramos que esta cuestión debe ir relacionada con los supuestos en que se pueda hacer efectivo el Fondo. Si se opta por configurarlo como una externalización de la indemnización, de manera que solo se pueda hacer efectivo en dichos casos, la relación con el coste de despido está justificada. Pero si se opta por extender los supuestos de rescate (como ya se ha hecho en parte, al establecer que se podrá hacer efectivo en los casos de jubilación y para

gastos de formación), en realidad se trataría de una nueva prestación social, independiente del coste de la extinción del contrato.

- c) *El tipo de institución más adecuada para su gestión.* Esta cuestión es muy delicada, y las opciones son muy variadas. Institución pública (en cuyo caso podría ser única) o privada (única o diversificada) sería la primera disyuntiva. La cuestión clave es garantizar la seguridad financiera del sistema.

Si se optase por una institución pública única, debería establecerse una limitación en cuanto a la posibilidad de trasvasar fondos desde esta para cubrir otras partidas, pues esta práctica ha contribuido a situaciones de déficit del Sistema de Seguridad Social. En el caso de optar por la fórmula de instituciones privadas, en nuestra opinión, debería ser diversificada, aunque su actividad debería estar regulada, al igual que se hace con las entidades de seguros; de las que se podría tomar la fórmula del reaseguro, para así tener siempre garantizada la prestación al trabajador.

- d) *Aspectos relacionados con su financiación:* Aunque en el Pacto se establece que no se pueden incrementar las cotizaciones empresariales, como hemos dicho todavía quedan muchas cuestiones por concretar en este sentido: posibles aportaciones de los trabajadores, financiación exclusivamente estatal, establecer un marco temporal para la financiación pública para posteriormente ir introduciendo participación de empresarios y trabajadores.

Lo que es evidente es que el sistema va a tener un coste importante que hay que financiar, que las únicas alternativas posibles son que lo haga el Estado, el empresario o los trabajadores, y que los tres supuestos son muy complicados: el Estado porque ahora se está enfrentando a decisiones de recorte de gastos, no de incremento; el empresario porque ya se ha optado por no incrementar las cotizaciones empresariales<sup>11</sup> y el trabajador porque él es el sujeto que debe ser indemnizado, no al contrario.

Habrá que determinar también sobre qué cantidad se van a calcular las aportaciones al sistema. Si, como propone el ministro de Trabajo, se opta por

---

<sup>11</sup> Salvo que se opte por una interpretación literal del Pacto (“*No puede suponer un incremento de las cotizaciones empresariales*”), y se considere que obligar al empresario a externalizar la provisión para la indemnización por despidos no sería un “incremento de cotizaciones”.

crear un tipo de cotización específico<sup>12</sup> (reduciendo las cotizaciones por otras contingencias), habría que crear también una base de cotización propia, no topada, puesto que las indemnizaciones por despido se calculan en función del salario sin aplicarse topes.

En el caso de que se opte por la financiación pública también hay que establecer las fuentes concretas de financiación, si se tratará de fondos procedentes de impuestos o de cotizaciones (aquí habría que tener en cuenta los principios del Pacto de Toledo), así como el posible solapamiento con otras prestaciones de seguridad social (como por ej. Desempleo, incapacidad, jubilación...)

#### **IV. BIBLIOGRAFÍA**

- Gómez, V. "¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austríaco?", *RL* 12/2010
- Hofer, H. "La reforma de la Ley sobre indemnización por despido en Austria", *RL* 9/2010
- Velasco Portero, M<sup>a</sup> T. y Fröhlich, M. "Los sistemas alemán y austríaco como modelos inspiradores de la reforma laboral en España" *AL* 14/2010

---

<sup>12</sup> Vid. Gómez, V. op. cit.