

EL FONDO DE CAPITALIZACIÓN DEL DESPIDO Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE PENSIONES

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

Contratado FPU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Fondo de Capitalización, Fondo Austriaco, indemnización por despido, prestaciones complementarias

La previsión de constitución de un fondo de capitalización que modifique el régimen de indemnizaciones por despido inspirado en el modelo austriaco, incluida en la reforma laboral de junio de 2010 supuso al mismo tiempo una oportunidad para modernizar el régimen del despido y un problema, por cuanto que los elementos definidos en el RD-L 10/2010 dificultaban la puesta en práctica del sistema. La constatación de estos extremos por el Grupo de expertos constituido al efecto ha servido de justificación al legislador para poner en duda la conveniencia de crear este fondo y en todo caso la posposición de la decisión en el tiempo.

En este trabajo se analizan los elementos iniciales del fondo, los resultantes de la reforma del RD-L 10/2011 y finalmente los posibles efectos positivos que la eventual puesta en marcha del sistema pudiera tener sobre las rentas disponibles para los trabajadores en el momento de la jubilación. En este análisis se constata la necesidad de acotar mejor las contingencias a las que pueda responder, los problemas de financiación que pueden presentarse y finalmente el impacto cuantitativo que pueda llegar a tener para el trabajador promedio, en función de la vida laboral y los salarios a lo largo de la carrera profesional.

ABSTRACT

Key words: Austrian severance payment reform, Capitalization Fund, labour market reform, supplementary pensions

The Spanish labour market reform of June, 2010 planned the constitution of a Capitalization Fund, inspired in the Austrian severance payments reform of 2002. The 2010 terms of the reform were both an opportunity and a problem: the mandate allowed a modernization of Spanish severance payment system, but the concrete wording hindered its effective implementation. The expert group nominated to that end stated the existence of these problems, and their report supported not only the delay of the new measures but also the call in question of the convenience of the reform itself.

This paper analyzes the original design of the Capitalization Fund and the later reform of Royal Decree 10/2011, as well as the hypothetic positive effects it may generate in workers in workers acquisitive power at their retirement. The main findings of the paper are related with the needing of a better regulation of the fund. The contingencies covered (cases in which the worker could recover the contributions), the sources of funding have to be reformulated. Finally, the quantitative impact on the average worker is estimated under several potential schemes.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
 2. LA FUENTE DE INSPIRACIÓN: EL MODELO AUSTRIACO DE FONDO DE CAPITALIZACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO
 3. LOS ORÍGENES: LA REFORMA DE 2010
 - 3.1. La adaptación inicial del modelo austriaco: el fondo “a la española”
 - 3.2. El régimen transitorio: financiación a cargo del fogasa
 4. LA REFORMA DE LA REFORMA
 - 4.1. El informe del grupo de expertos
 - 4.2. Otras propuestas de implantación
 - 4.3. El real decreto-ley 10/2011
 5. INCIDENCIA EN COMO SISTEMA COMPLEMENTARIO DE PENSIONES
 - 5.1. La necesidad de reforzar los sistemas complementarios de seguridad social
 - 5.2. La cuantía de la contribución a favor de cada trabajador con el fondo de capitalización
 - 5.3. Notas finales sobre la implantación de un fondo de capitalización con incidencia sobre el sistema de pensiones
- BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La reforma laboral aprobada por Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio (BOE del 17) estableció, en su disposición final segunda, un mandato al gobierno para la constitución de un “fondo de capitalización para los trabajadores” del que estos podrían disponer “en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación”. Este Fondo, cuya ley debiera haberse aprobado, según la planificación diseñada en esta reforma, antes del pasado 19 de junio de 2011, debería entrar en vigor, siempre según este primer diseño, el 1 de enero de 2012. La tramitación parlamentaria del RDL no alteró el contenido sustantivo de esta disposición y lo mantuvo en el texto de la Ley 35/2010, si bien como disposición adicional décima, con retoques meramente formales. Tanto en una como en otra norma se hacía referencia a la necesidad de llevar a cabo, con carácter previo a la aprobación del Fondo de Capitalización del Desempleo, un proceso de “consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas”.

Posteriormente, el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, firmado el 3 de febrero de 2011 por el Gobierno y las principales organizaciones sindicales (CCOO y UGT) y empresariales (CEOE y CEPYME), se refirió a la elaboración de la norma reguladora del fondo, si bien, posiblemente ante la ausencia de una propuesta concreta, no se entró en el contenido de la norma, sino que se acordó únicamente el procedimiento para su elaboración: “la creación de un grupo de expertos integrado por

seis miembros que serán consensuados por los firmantes”. Además, al requisito de consulta a los agentes sociales, el ASE 2011 añade el de negociación, que si bien en ese momento –recién alcanzado el acuerdo que permitió posponer la edad de jubilación– pudo parecer una idea positiva, tras el posterior fracaso para la reforma de la Negociación Colectiva, así como atendiendo a otros antecedentes¹, genera serias incertidumbres.

Dicho grupo fue efectivamente constituido² y elaboró su informe³, en el que tras un extenso análisis llegó a la conclusión de que, con la configuración prevista en la Ley 35/2010, el coste de la puesta en marcha resulta demasiado elevado lo que puede “llevar a recomendar el retraso de su puesta en marcha, es decir, de su entrada en vigor más allá del uno de enero de 2012, ampliando el actual período transitorio previsto en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 35/2010”⁴. El Gobierno, tomando esta recomendación y obviando otras, como a continuación se expondrá, procedió mediante el artículo 3 del Real Decreto Ley 10/2011 de 26 de agosto a la modificación de la DA10ª de la Ley 35/2010 y la de DT3ª de la misma norma, en la que se establecía la fecha de entrada en vigor del fondo. Estas vicisitudes de la norma hacen necesario, para entender en qué puede llegar a convertirse el Fondo de Capitalización de las indemnizaciones por despido, hacer un análisis sucinto de los caracteres iniciales y actuales del Fondo, para lo que es también preciso atender al referente más claro en el que se inspira: el fondo implantado en Austria en el año 2003.

En las siguientes páginas se analizan sucesivamente el modelo austriaco, el inicialmente previsto en España y el resultado de la última reforma, valorando finalmente los efectos que pudiera tener sobre el sistema de pensiones, al ser una de las finalidades de esta clase de fondos (posiblemente la más positiva) el reforzar los niveles de renta tras la jubilación

¹ El más próximo en el tiempo es el de la propia reforma laboral, aprobada finalmente por el gobierno sin lograr el acuerdo entre agentes sociales.

² Los miembros fueron seleccionados en la práctica por cuotas: el Gobierno nombró a Esteban Rodríguez Vera y a José Ignacio Pérez Infante, las organizaciones sindicales a Juan López Gandía y a Santos Miguel Ruesga Benito y las organizaciones empresariales a Alberto Nadal Belda y Pilar González de Frutos

³ Publicado como GONZÁLEZ DE FRUTOS, P. ET AL., *Informe del Grupo de Expertos sobre el Fondo de Capitalización para los trabajadores*, MTIN, 2011, accedido en http://www.tt.mtin.es/periodico/laboral/201109/Infor_grupo_expert_%20F_Capit_trab.pdf.

⁴ *Ídem*, pág 29

2. LA FUENTE DE INSPIRACIÓN: EL MODELO AUSTRIACO DE FONDO DE CAPITALIZACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO

Hasta el año 2003 en Austria el 88% de los empleados⁵ no percibían ninguna clase de indemnización por despido debido a que estaban excluidos de ésta aquellos que no alcanzaran los tres años de antigüedad y los empleados de empresas de hasta 5 trabajadores, con independencia del tiempo por el que hubieran estado empleados.

El despido requiere en Austria –antes y después de la reforma– una causa razonable para la extinción, que no se define taxativamente y en la que entra en juego la valoración del comité de empresa, que en su caso puede impugnar la decisión. En todo caso, si el despido es calificado como improcedente, la sanción legal es la readmisión, si bien en la práctica suele solucionarse con una indemnización pactada entre empresario y trabajador⁶. En caso de procedencia del despido, la indemnización prevista se fija en relación a la antigüedad en la empresa. Así, oscilaba entre las 2 mensualidades para un trabajador de 3 o más años en la empresa y las 12 mensualidades de salario para quienes llevaran al menos 25 años en la misma. Los trabajadores de mayor permanencia en la empresa (a partir de los 10 años) tenían derecho a la indemnización incluso cuando la terminación del contrato se debía a su propia voluntad, siempre que pasara a la situación de jubilación⁷.

La reforma operada en 2002, que se aplicó a los nuevos contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2003 y a los anteriores cuando así se pactara expresamente entre empresario y trabajador, amplía el ámbito de protección frente al despido a todos los trabajadores y modifica su naturaleza. Conforme al nuevo esquema, el empresario no abona ninguna cantidad en el momento de producirse el despido, sino que todos los meses realiza una aportación a un fondo a nombre del trabajador, equivalente al 1,53% del salario bruto. Este porcentaje supone aproximadamente 5,58 días de salario al año, lo que supone una reducción para el trabajador que perdiera su empleo tras tres o años (recibían entre 15 y 20 días por año conforme al esquema descrito) pero un notable incremento para los que no percibían nada, que eran la mayoría.

Este fondo, sin embargo, no opera de la misma forma que la indemnización por despido, pues por una parte el trabajador mantiene su titularidad

⁵ Adam, G., *2002 Annual Review for Austria*, EIRO, 2003, accedido en <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/01/feature/at0301204f.htm>.

⁶ Álvarez del Cuvillo, A., “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, *Temas Laborales*, 99, 2009, págs. 278–280.

⁷ Hofer, H., “The Severance Pay Reform in Austria («Abfertigung Neu»)”, *CESifo DICE Report*, vol. 5, 4, 2007, pág. 42.

cualquiera que sea la causa por la que se extinga su relación laboral (incluidas todas aquellas plenamente ajenas a la empresa como la dimisión o fallecimiento y las que responden a un comportamiento del trabajador, como la dimisión). El cobro de las cantidades aportadas a este fondo únicamente puede obtenerse cuando pierde el empleo sin que concurra su voluntad siempre que las aportaciones realizadas a su nombre comprendan al menos tres años, o bien cuando se pasa a situación de jubilación. La diferencia con el sistema anterior es notable. Por una parte, la antigüedad de tres años en la empresa que se exigía antes se sustituye ahora por antigüedad como asalariado, permitiendo así acumular el tiempo trabajado en diversas empresas. Por otra parte, sea cual sea la razón por la que el trabajador cesa en la relación laboral, seguirá siendo el titular de las aportaciones a su nombre, sin perjuicio de que sólo pueda cobrarlas en ciertas ocasiones.

De esta forma se logra eliminar las principales consecuencias negativas del sistema de indemnizaciones por despido basado en la antigüedad, con exclusión de los más recientes sobre el comportamiento de trabajadores y empresarios. Desde el punto de vista de la compañía, se evita el incentivo perverso a despedir a los trabajadores con una antigüedad próxima a los tres años para evitar las indemnizaciones⁸. Además, en caso de que sea necesario despedir, como no existen diferentes indemnizaciones según sean los más antiguos o los recién llegados quienes abandonen la empresa, el empresario escogerá a aquellos que menos útiles sean en la organización o menor productividad tengan, sin otorgar una especial protección por el mero hecho de llevar más tiempo contratado. Por otra parte, desde la perspectiva del trabajador, se garantiza la percepción de una determinada cantidad si se cesa en el empleo incluso durante los primeros años en la empresa, y sobre todo se elimina una fuerte traba a la movilidad voluntaria. Con el sistema anterior, un trabajador protegido por las indemnizaciones por despido (es decir, de más de 3 años de antigüedad y en una empresa de más de cinco trabajadores), ante una oferta de trabajo en otra empresa, por atractiva que fuera, siempre se encontraba con el riesgo de perder el nuevo empleo, renunciando así al derecho acumulado a lo largo de los años a obtener una indemnización.

En la práctica, este sistema presenta otra ventaja adicional: en caso de que una empresa sufra dificultades económicas, aun cuando la reducción de plantilla sea calificada como procedente, debía hacer frente (como ocurre en España) a las indemnizaciones previstas en la legislación para este caso. Ello podía contribuir a agravar la mala situación, al forzar un desembolso que, en ocasiones, puede ser cuantitativamente muy importante. Con el sistema vigente desde 2003 en Austria, este efecto desaparece. La indemnización por despido se sustituye por una

⁸ Klec, G., "Flexicurity and the reform of the Austrian severance-pay system", *ETUI-REHS, European Economic and Employment Policy Brief*, vol. 4, 2007, pág. 3.

cuota que se abona mensualmente con los salarios, de forma que en el momento de la extinción no se sufre un gasto adicional, sin que por ello se desproteja al trabajador.

Al tratarse de una cobertura universal, por otra parte, reparte los costes de despido sobre todos los trabajadores. Resulta fácil comprender que en la fijación de salarios se tienen en cuenta todos los costes esperados de la relación laboral (que agregados no permitirán un salario mayor que la productividad esperada del trabajador), por lo que cualquier sistema de costes de despido soportados por el empresario tiene una repercusión (al menos parcial) sobre el nivel de salarios⁹. De esta forma, en los sistemas en que únicamente en algunos casos se percibe indemnización por razón de la extinción del contrato de trabajo, los trabajadores que a lo largo de su vida profesional nunca son despedidos bajo las condiciones exigidas por la ley financian a los que sí lo son¹⁰. El sistema austriaco implantado en 2003 no reparte entre todos los trabajadores las cantidades, sino que usa un sistema de fondo. Cada trabajador percibirá todo lo que se aporte en su nombre al fondo, con independencia de que nunca llegue a ser despedido, gozando en este caso de una mayor cantidad de dinero para su jubilación.

La gestión de estos fondos es otro punto que debe destacarse. Las aportaciones, conforme a la ley austriaca, no son acumuladas por la propia empresa empleadora, sino que se entregan a una de las entidades autorizadas para ello. Se trata de entidades financieras supervisadas por las Autoridades del Mercado Financiero, que deben dotarse de un capital inicial de al menos 1,5 millones de euros. Estos fondos están obligados a garantizar el capital aportado, y se permiten los pactos por los que garanticen también una rentabilidad mínima. Esta rentabilidad es importante, pues en función de su nivel el sistema será más o menos favorable a los trabajadores¹¹. En el Gráfico 1 se recogen distintos supuestos de rentabilidad, con

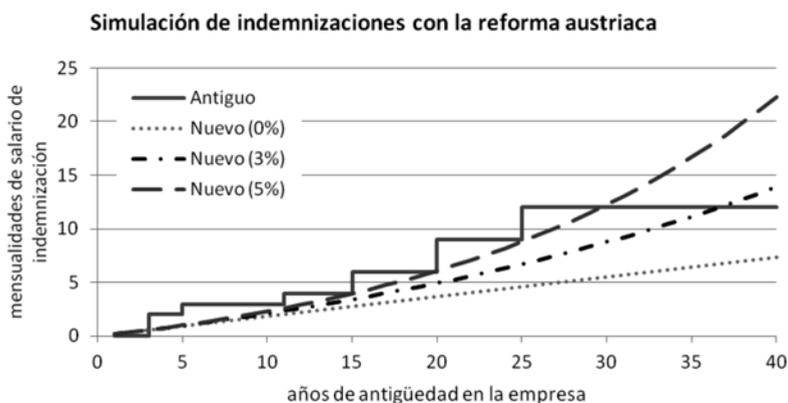
⁹ El efecto de la existencia de costes de despido lo analicé con cierto detalle en GIMENO Díaz de Atauri, P., “Lógica de alcance de la indemnización por despido improcedente”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 333, 2010, pág. 16 y ss.

¹⁰ Lo mismo ocurre con la totalidad de prestaciones de Seguridad Social: quienes no lleguen nunca a ser beneficiarios de las mismas (por fallecimiento antes de alcanzar la jubilación, no padecer enfermedades ni accidentes que causen baja laboral, no entrar nunca en situación de desempleo...) financiarán al resto. La diferencia es que el sistema de Seguridad Social se estructura explícitamente como un seguro público y obligatorio, mientras que en el caso de las indemnizaciones por despido se trata de un seguro implícito. La decisión de repartir entre todos los trabajadores el riesgo de perder el puesto de trabajo –distinto de entrar en desempleo, que ya está cubierto por la prestación correspondiente– es por supuesto una cuestión de política laboral. En todo caso, debe tenerse en cuenta al diseñar la regulación del despido que éste es el efecto que produce. En el sistema austriaco pre-reforma, hay que recordar que este efecto suponía que los trabajadores más precarios (los que eran despedidos antes de los tres años) financiaban a los de mayor antigüedad en la empresa.

¹¹ Bawag Allianz Vorsorgekasse Ag, *New Severance Pay Rules in Austria (Abfertigung NEU)*, 2004, pág. 8, accedido en <http://bit.ly/DVRE3>.

los que en todo caso el trabajador obtiene una cantidad menor (salvo larguísimas carreras profesionales), si bien este hecho se compensa por el hecho de ser una cantidad cierta y no meramente probable (de hecho ya se ha dicho que en Austria antes de 2003 menos del 13% de los trabajadores tenían derecho a indemnización). Además, debe tenerse en cuenta que los tipos mostrados han de ser reales, es decir, descontando la inflación, por lo que en la práctica, aun garantizándose el 100% de las aportaciones el crecimiento de los precios puede hacer perder más poder adquisitivo al valor rescatado del fondo. El riesgo de depreciación es, de hecho, la principal desventaja que este sistema tiene para los trabajadores.

Gráfico 1: Simulación de las cantidades percibidas por un trabajador en el sistema antiguo y en el nuevo con diferentes rentabilidades del fondo (entre paréntesis el tipo obtenido)



Fuente: Elaboración propia adaptación de KOMAN Y WEBER¹²

Las curvas del modelo nuevo muestran la situación con diferentes tipos de interés de rentabilidad obtenidos en promedio a lo largo de la vida en el fondo. Cuanto mayor sea, lógicamente, mayor será la indemnización obtenida. A efectos de simplificación, se ha ignorado la inflación, lo que en la práctica tiene un efecto muy similar a considerar los tipos de interés mostrados como reales en lugar de nominales.

El sistema tiene importantes ventajas, pero no se encuentra necesariamente entre ellas la reducción de los costes de despido. Este hecho dependerá de la cantidad que el empresario tenga que aportar al fondo. Los datos de Eurostat, de hecho, muestran que en 2008 los costes de despido suponían una proporción de los costes laborales relativamente alta (1,46%, por 0,45% de la media comunitaria y sólo más bajos que en Grecia), si bien es cierto que algo más baja que en la misma encuesta en 2004 (entonces fueron un 1,58%). En todo caso, lo que sí se evita es el carácter cíclico, por las razones ya expuestas.

¹² Koman, R.; Schuh, U.; Weber, A., "The Austrian Severance Pay Reform: Toward a Funded Pension Pillar", *Empirica*, vol. 32, 3, 2005, pág. 259.

Gráfico 2: Pagos realizados a trabajadores que dejan la empresa



Fuente de los datos: Labourcostsurvey 2008, EUROSTAT

3. LOS ORÍGENES: LA REFORMA DE 2010

3.1. La adaptación inicial del modelo austriaco: el fondo “a la española”

En el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio¹³, que tras su tramitación parlamentaria fue sustituido sin cambios relevantes en cuanto a esta cuestión por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre¹⁴, se introdujo un mandato para la implantación en España de un Fondo de Capitalización para los trabajadores de perfiles muy difusos y que pretende, en cierto modo, crear una adaptación del sistema austriaco antes descrito a nuestras relaciones laborales.

¹³ De medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE del 16 de junio de 2010. Disposición Final 3ª.

¹⁴ Homónima del RD-L del que procede. BOE del 18/09/2010. Disposición Adicional 10ª, sin cambios sustantivos sobre la redacción aprobada en el RD-Ley de junio.

En concreto, la reforma introdujo un mandato al gobierno para que, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, aprobara un proyecto de ley sobre esta cuestión, fijando como fecha límite para ello el 18 de junio de 2010 (un año después de la entrada en vigor del RD-L 10/2010) con el objetivo de que entrara en vigor el 1 de enero de 2012. El párrafo segundo de la DA en la que se recogió el mandato establecía las líneas inspiradoras del contenido de dicho proyecto de ley:

“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, movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Las indemnizaciones a abonar 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”

Al margen de consideraciones acerca de la oportunidad de inclusión de esta clase de mandatos en un Real Decreto-Ley¹⁵ (operación que como veremos se ha visto reiterada en el RD 10/2011, de 26 de agosto¹⁶) la redacción de esta norma deja abiertos múltiples interrogantes en todos los aspectos de su configuración. El Grupo de Expertos, en su informe¹⁷, realiza un análisis exhaustivo de ellos, y ya antes habían sido puestos de manifiesto algunos de los más relevantes¹⁸. No resulta este el lugar adecuado para llevar a cabo un estudio en profundidad de todos los aspectos, pero sí de algunos de ellos que pudieran tener más incidencia sobre el sistema de seguridad social y sus prestaciones.

En primer lugar, existe una notable indefinición sobre los supuestos en que el trabajador puede hacer uso de las cantidades depositadas a su nombre en el Fondo. Es cierto que la que la referencia a la jubilación, que es la que directamente más puede afectar al sistema de Seguridad Social, plantea menos problemas que las restantes, pues el hecho de que estas puedan ser interpretadas de diferentes modos hace que las cantidades de las que pueda disponer el trabajador en el momento de pasar a situación de jubilación puedan verse muy mermadas: si se interpretan con demasiada laxitud las contingencias que pueden ser cubiertas con el fondo de capitalización es probable que este

¹⁵ Al respecto, por evitar reiteraciones, me remito a GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “El abono de parte de la indemnización por despido por el FOGASA y regulación de los fondos de capitalización”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (eds.) *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, 2010, pág. 258.

¹⁶ De medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación de las personas que agoten su prestación por desempleo, BOE de 30 de agosto de 2011.

¹⁷ GONZÁLEZ DE FRUTOS, P. ET AL., *Informe del grupo de expertos*, cit.

¹⁸ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “El abono de parte de la indemnización por despido por el FOGASA y regulación de los fondos de capitalización”, cit., págs. 259–260.

no pueda ser de utilidad como complemento de las pensiones a las que en su caso pudiera tener derecho el trabajador. En particular, desde esta óptica, habría resultado aconsejable establecer un modelo diseñado principalmente para este fin, con una previsión general de recuperación del fondo únicamente en el momento de la jubilación, acompañado de correcciones excepcionales, que en los supuestos de movilidad geográfica, mejoras formativas, despido u otras situaciones de necesidad económica, permitieran, mediante solicitud justificada, percibir las cantidades acumuladas. Además, aunque es posible que la futura ley lo tenga en consideración, debería haberse incluido como supuesto de rescate el fallecimiento del trabajador, lo que provoca dudas desde la perspectiva civilista. A tal efecto deberá determinarse si se trata de una ganancia diferida en el tiempo (y por tanto sometida en su caso al concreto régimen matrimonial del trabajador), de un elemento más de la masa hereditaria o incluso de un seguro para el que el trabajador puede fijar libremente un beneficiario.

Tampoco definió el legislador el ámbito subjetivo de este nuevo fondo, sin dar elemento alguno que lo delimite. Desde la perspectiva de la previsión de las contingencias señaladas, de la justicia material, e incluso de la reducción de la temporalidad si se lleva a cabo de forma adecuada¹⁹, la cobertura debe ser lo más amplia posible, incluyendo tanto a trabajadores temporales como a indefinidos, a todas las relaciones laborales especiales e incluso a los trabajadores autónomos, contemplando las peculiaridades de cada uno de los colectivos, tanto en relación a las situaciones que deben dar derecho al rescate del fondo como a los tipos de cotización y sujetos obligados a la misma.

Por otra parte, la cuestión más polémica es la financiación de las aportaciones al fondo, por cuanto que si bien no se establece su diseño sí se fijan limitaciones para el mismo. Respecto a ésta, se indica únicamente que no podrá implicar incremento de las cotizaciones empresariales. Debe hacerse notar que no hace referencia a los costes laborales, sino únicamente a las cotizaciones, por lo que al establecerse que “las indemnizaciones a abonar por parte del empresario se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo”, en la práctica está reduciendo los costes laborales.

Al determinarse del modo señalado, y rechazando la posibilidad teórica de establecer una cotización a cargo del trabajador para financiar su propio despido, únicamente cabe la financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado o de los propios de la Seguridad Social, bien destinando una parte de la cuota por contingencias comunes o por desempleo ya existentes,

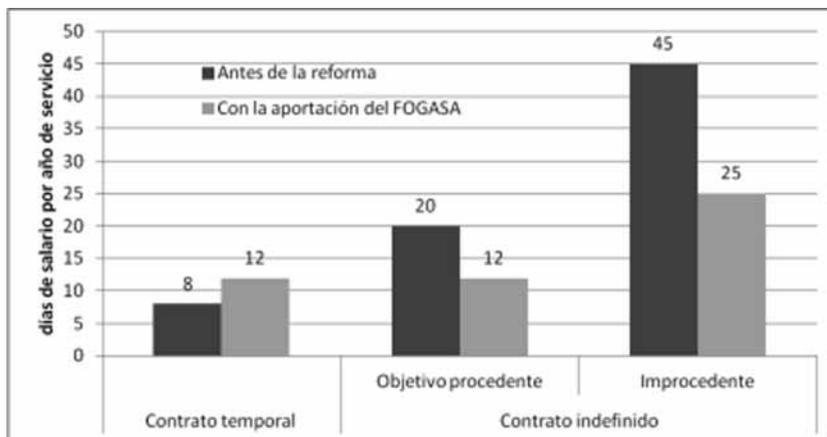
¹⁹ No debe olvidarse que es dicha reducción de la dualidad entre indefinidos y temporales es uno de los objetivos principales de la reforma de 2010, y que en ella se enmarca la creación de este fondo de capitalización.

bien reduciendo esta para crear una nueva cotización específica para el fondo de despido, de tal modo que la cotización total no se vea alterada. Al margen del cuestionado acierto de financiar con cargo a dinero público los despidos²⁰ se genera, en una situación en el que las cuentas públicas presentan serias dificultades para mantener el equilibrio presupuestario, una carga de peso incierto (por la indefinición del modelo) pero potencialmente elevado. Además, se está elevando el coste total para la economía de los despidos pues, al exigirse una reducción de la indemnización por despido equivalente al número de días por año de servicio que se determine para la constitución del Fondo, se está sumando al coste actual el necesario para cubrir las aportaciones de todos aquellos trabajadores que nunca recibirán la indemnización bajo el esquema actual. Esto implica que, con este nuevo modelo, percibirán una determinada cantidad (mediante aportaciones al Fondo constituido a su nombre) todos aquellos trabajadores que antes cesaban en su relación laboral por razones distintas al despido objetivo o improcedente: fallecimiento, dimisión, abandono, despido disciplinario procedente, jubilación...

3.2. El régimen transitorio: financiación a cargo del FOGASA

El carácter diferido de la constitución del fondo de capitalización llevó al legislador a establecer una medida transitoria: la cobertura por parte del Fondo de Garantía Salarial (ahora en proceso de integración con el Servicio Público de Empleo) de ocho días por año trabajado en caso de despido, reduciendo así la indemnización a cargo del empresario en la extinción de los contratos indefinidos celebrados a partir de la entrada en vigor de la reforma laboral. La ley no distingue entre despidos procedentes e improcedentes –siempre que la calificación del empresario sea la de despido objetivo– y tiene una clara intención de aproximación de los costes de extinción entre contratos temporales e indefinidos (ver Gráfico 3 y su explicación).

²⁰ Desdentado Bonete, A., “La reforma del despido en La Ley 35/2010”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (eds.) *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, 2010, pág. 109 y 107.

Gráfico 3: Esquemas de indemnización pre y post reforma 2010

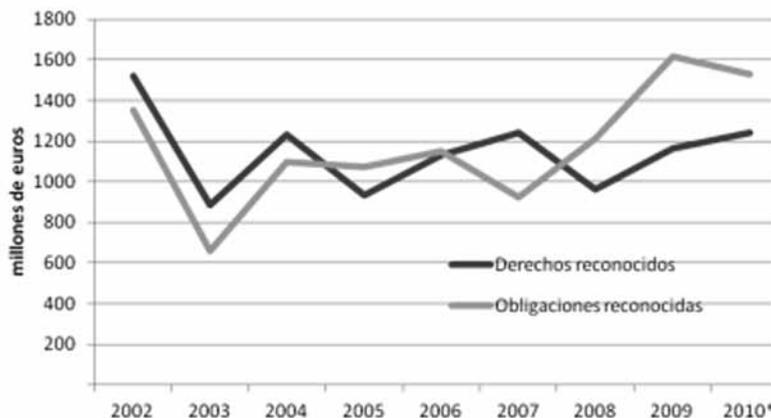
Este es el esquema teórico que presenta la reforma en su máximo desarrollo. A partir de 2015 la indemnización por contratos temporales se eleva a 12 días por año. Por otra parte se pretende facilitar la calificación como procedentes de los despidos por causas objetivas (20 días) y extender a la práctica totalidad de los trabajadores el contrato de Fomento de la contratación indefinida (CFCI). El esquema teórico ha resultado ser demasiado optimista, por cuanto que ni la estadística judicial (aun cuando esta se publica lentamente y no aporta información acerca del momento en el que se produjo el despido enjuiciado) muestra una mayor proporción de sentencias favorables al empresario ni los datos de contratación permiten afirmar la generalización del CFCI. Por otra parte, no se tienen en cuenta los costes que supone el preaviso en el despido objetivo (reducido de 30 a 15 días), que en la práctica opera como un coste más, pues la productividad del trabajador se reduce notablemente (si no se anula) una vez que conoce la decisión extintiva, lo que a menudo lleva a que se abone el salario correspondiente a estos días sin que se realice la prestación laboral. Además, en el diseño legal la aportación del FOGASA y la elevación de la indemnización temporal no son coincidentes en el tiempo, sino que la reducción dependerá de la aportación que se realice al fondo de capitalización. En todo caso, siempre que exista la posibilidad de que el despido objetivo sea calificado como improcedente existirá un riesgo de tener que abonar la indemnización correspondiente, por lo que el coste esperado del despido seguirá siendo mayor en el caso de los contratos indefinidos que temporales.

La lógica en la que se estableció este régimen, con una vigencia temporal vinculada a la puesta en marcha del Fondo de capitalización, deja claro que el objetivo es reducir la brecha de costes de despido entre temporales e indefinidos, lo que tiene inmediatas consecuencias en la regulación. Al margen de la ya mencionada igualación entre despidos procedentes e improcedentes, únicamente cubre a los empresarios que contraten a partir de la reforma y para evitar el fraude se exige una duración mínima de un año. Dado que la previsión del legislador en el momento de establecer la norma era que la cobertura del FOGASA por esta contingencia finalizará el 1 de enero de 2012, los casos en que éste organismo autónomo tuviera que responder debían ser relativamente limitados. Dependiendo de la configuración final del fondo, en la práctica podría haberse reducido a aquellos contratados entre el 18 de junio y el 31 de diciembre de 2010 que fueran despedidos antes del final de 2011 habiendo cumplido un año entero de contrato. En el peor de los casos (desde la perspectiva del patrimonio del FOGASA), a todos los contratados con carácter indefinido

entre la entrada en vigor del RD-L 10/2010 y el 31 de diciembre de 2012, con independencia del momento en que fueran despedidos²¹. La primera opción supondría un gasto prácticamente descartable, pues no es demasiado probable que las empresas que contrataran indefinido en el periodo citado despidieran en un periodo tan corto, sobre todo si se tiene en cuenta que la contratación indefinida no pareció verse afectada por la reforma, de modo que nada hace pensar que se contratara más indefinidamente con el fin de obtener esta ventaja. A modo ilustrativo, los seiscientos mil contratos indefinidos firmados desde la entrada en vigor de la reforma hasta el final de 2010 supusieron un 7,9% del total de indefinidos, cinco décimas menos que en el mismo periodo del año anterior. En el caso más gravoso serían algo menos de millón y medio los trabajadores que gozarían, en caso de despido, de una cobertura por este organismo, lo que al repartirse en el tiempo tampoco tendría un impacto demasiado elevado.

Estas consideraciones acerca del coste que la medida pueda suponer sobre FOGASA no son triviales, pues su situación económica no es especialmente favorable. Como se puede ver en el Gráfico 4, el superávit en los años de bonanza no fue particularmente elevado, pero desde el inicio de la crisis en 2008 la caída de ingresos y el incremento de las obligaciones de pago han llevado a este organismo a cerrar cuentas en negativo.

Gráfico 4: Derechos y obligaciones reconocidos por el FOGASA



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de liquidación presupuestaria de la Intervención General del Estado. Los datos de 2010 son avance de liquidación.

²¹ Estos dos extremos son los que corresponderían a los límites máximo y mínimo posibles de retroactividad que podría reconocerse al Fondo. Así, si se extendiera a todos los trabajadores, el FOGASA vería desaparecer cualquier obligación. Por el contrario, si el Fondo de Capitalización para los trabajadores se aplicara únicamente para los nuevos contratados a partir del 1 de enero de 2012, su responsabilidad se extendería, respecto a los contratados en los 18 meses anteriores, indefinidamente en el tiempo.

No obstante, este organismo autónomo dispone de un remanente muy elevado, justificado de una parte por una determinación histórica de las cuotas superior a lo necesario para la garantía de sus obligaciones y de otra por los ingresos financieros que se derivan de la disponibilidad de grandes cantidades de dinero, que se han destinado mayoritariamente a la inversión en deuda pública. Debe tenerse en cuenta que la cuota de cotización a este fondo es hoy del 0,2%, pero llegó a alcanzar el 1,1% en el RD 1/1985, lo que permitió un gran nivel de ahorro. La cuantía de este remanente no es pública, si bien la prensa económica, aludiendo a «fuentes sindicales» lo cuantificó en 4.556,49 millones de euros al cierre de 2008²². La magnitud de esta cifra es realmente notable, especialmente si se tiene en cuenta que la recaudación por cuotas para ese mismo año fue de 499 millones de euros y la cobertura de los costes de garantía fueron 473 millones. Ello explica que, en sus presupuestos, las inversiones (mayoritariamente en deuda pública) tengan un peso notablemente mayor que el gasto en transferencias por las responsabilidades directas y subsidiarias que le atribuye la ley.

Esta situación patrimonial desahogada permite al FOGASA asumir obligaciones puntuales en una situación de escasez de recursos como la actual, pero no mantenerlas con carácter indefinido en el tiempo, pues su balance es, hoy por hoy, negativo sin necesidad de nuevas cargas, y las expectativas del mercado de trabajo, con una constante reducción de los cotizantes (en el tercer trimestre de 2011 la ocupación sigue cayendo en términos interanuales, habiéndose acelerado de nuevo el ritmo de destrucción de empleo por primera vez en los últimos dos años²³), no hacen prever una pronta recuperación de los ingresos.

²² Noticia recogida por diversos medios, citando como fuente Europa Press. En esta agencia, con fecha de 16 de febrero de 2009, <http://www.europapress.es/islas-canarias/noticia-gasto-fogasa-prestaciones-alcanzo-canarias-total-585100-euros-enero-20090216170031.html>.

²³ Conforme a los datos de la EPA del tercer trimestre de 2011, el número de ocupados, en términos interanuales, se redujo en un 2,11%. En el trimestre anterior la pérdida de puestos de trabajo fue del 0,94%, y desde el segundo trimestre de 2010 la reducción de ocupación no había superado el 2%. Ello significa que se rompe con el último dato la tendencia hacia la recuperación del crecimiento que se apuntaba en los últimos trimestres.

4. LA REFORMA DE LA REFORMA

4.1. Informe del grupo de expertos

La aprobación de la reforma laboral de junio de 2010 no contó con el apoyo ni de sindicatos, que la valoraron como un recorte de derechos de los trabajadores e incluso convocaron una huelga general, ni de los empresarios, que la consideraron insuficiente. Esta situación no cambió con la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley, pero el gobierno trató de recuperar el diálogo social.

En estas circunstancias, se alcanzó el tres de febrero de 2011, con el objetivo principal de pactar la reforma del sistema de pensiones, el Acuerdo social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones. En este clima de diálogo social, las expectativas de mantener la concertación en las sucesivas reformas llevaron a encomendar a un grupo de expertos, nombrados de forma consensuada por el Gobierno, las principales centrales sindicales y las organizaciones empresariales de mayor peso, para que propusiera soluciones para la implantación del Fondo Capitalización y, consecuentemente, acerca de su relación con la prestación de FOGASA que se ha descrito.

En particular, las partes acordaron que el mandato para este grupo de expertos incluyera el análisis de *“las distintas alternativas posibles para instrumentar este fondo de capitalización, abordando las siguientes cuestiones: su aplicación a todos los contratos de trabajo vigentes o a los que se celebren con posterioridad a su entrada en vigor, su configuración como un nuevo derecho de capitalización individual para los trabajadores o relacionado con los costes de extinción del contrato de trabajo, el tipo de institución más adecuada para su gestión y los aspectos relacionados con su financiación”*.

El grupo de expertos elaboró el informe al que ya se ha hecho referencia en este trabajo, y basándose en el mismo el Gobierno incluyó en el RD-L 10/2011 la reformulación del mandato para el propio gobierno sobre la constitución del Fondo y el correspondiente régimen transitorio a cargo del FOGASA.

Es preciso, con carácter previo al análisis de la nueva norma, hacer un pequeño repaso a las recomendaciones del grupo de expertos, pues no se limitan a la posposición de la puesta en marcha del fondo, sino que incluyen otros aspectos que no han sido tomados en consideración por el Gobierno.

En particular, es cierto que los expertos reconocen la existencia de “una serie de limitaciones, que pueden llevar a recomendar el retraso de su puesta en marcha, es decir, de su entrada en vigor más allá del 1 de enero de 2012, ampliando el actual período transitorio previsto en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 35/2010”²⁴. Sin embargo, estas limitaciones no son sólo las

²⁴ González de Frutos, P. et al., *Informe del grupo de expertos*, cit., pág. 29.

presupuestarias, sino que se extienden a otros ámbitos que, como se expone más adelante, no han sido recogidos en la reforma.

Los problemas detectados²⁵ se refieren, en primer lugar, a las contingencias cubiertas, rechazando particularmente la formación profesional y la movilidad geográfica, por concurrir con otros medios y la existencia de un elevado riesgo de fraude. Por otra parte, el coste de la medida, con crisis o sin ella, ascendería según sus estimaciones (con una aportación equivalente a 8 días de salario por año) a 2,7 puntos de cotizaciones a la Seguridad Social adicionales, equivalentes al 0,74% del PIB. Por último, critican el efecto asimétrico de la implantación del sistema, pues supondría menores rentas para los trabajadores que son despedidos con mayor frecuencia. No obstante, aunque es indudable que este efecto se produciría, no es una limitación sino una característica del modelo, uno de los objetivos que persigue.

Por estas razones, los expertos afirman que “podría retrasarse su entrada en vigor hasta que la economía española mejore suficientemente”, pero inmediatamente añaden -y esto es lo que el nuevo Real Decreto-Ley ha ignorado- que “incluso aunque mejorara la situación económica, los elevados recursos necesarios obligarían a plantear distintas alternativas”²⁶.

4.2. Otras propuestas de implantación

El Fondo de Capitalización del desempleo es probablemente la mayor oportunidad de reforma real y radical de sistema de indemnizaciones por despido en nuestro país que se ha planteado desde el legislador, lo que justifica que no haya pasado inadvertida en distintos ámbitos. De hecho, antes incluso de la reforma laboral, se afirmó, evaluando la posibilidad de implantación del modelo en España, que “la introducción de un sistema de seguro para la financiación del despido en España podría combinar dosis eficientes de flexibilidad y seguridad sin alterar los equilibrios básicos del modelo laboral español”²⁷, con un esquema mucho más simple que el fijado posteriormente por la ley. En particular, propone –aunque a título de ejemplo– una cobertura de 8 días de salario por año, financiada mediante una cotización de entre 0,3 y 0,5 puntos a cargo del empresario, basándose en los datos del periodo 2004-2008. Debe objetarse, sin embargo, que este cálculo es necesariamente conservador, pues sería claramente insuficiente en situaciones de elevado ritmo de despidos, como la actual.

²⁵ *Ibid.*, pág. 28 y 29.

²⁶ *Ibid.*, pág. 30.

²⁷ Gómez, V., “¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austriaco?”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 12, 2010, pág. 140.

Una vez en vigor la norma, las propuestas alternativas más concretas han sido las elaboradas por CONDE ET AL.²⁸. Estos autores, vinculados a la Fundación de Estudios de Economía aplicada, participaron también en la “Propuesta para la reactivación laboral en España”, en la que el punto más destacado fue la introducción de un contrato único con indemnizaciones crecientes²⁹.

Las propuestas de estos autores, ya sobre el marco de la propuesta legal de la ley 35/2010, comparan el régimen previo a la reforma, con cuatro posibles modelos:

- Mantenimiento de la reforma de 2010 con la aportación del FOGASA
- Contrato único³⁰ sin fondo de capitalización
- Reforma de 2010 con el Fondo de Capitalización
- Contrato único con fondo de capitalización

El resultado de sus simulaciones (realizadas a 10 años) es claro; la implantación del fondo eleva los costes esperados de despido (del 3,12% al 3,33% de la masa salarial en el caso de la reforma vigente, y del 2,74% al 3,10% con su propuesta de contrato único) y reduce ligeramente la temporalidad bajo la reforma de 2010 (del 34,3% al 33,98%), aunque lo incrementa con contrato único (del 1,54% al 1,55%), sin tener efectos sobre la duración esperada en el empleo (5,3 años y 6,5 años, respectivamente). En todo caso, debe destacarse que según estas proyecciones, tanto con la reforma de 2010 como con el contrato único se produce una reducción de la temporalidad respecto de la situación previa a la reforma (39,4% es su previsión para 10 años), un incremento de la duración esperada en el empleo (4,9 años sin los cambios legales) y de los costes de despido esperados (2,81%)³¹.

4.3. El Real Decreto-Ley 10/2011

Con estos antecedentes, transcurrido el plazo previsto en la ley 35/2010 para la aprobación del proyecto de ley que regulara el Fondo de Capitaliza-

²⁸ Conde-Ruiz, J. I.; Felgueroso, F.; García-Pérez, J. I., “Reforma Laboral 2010: Una primera evaluación y propuestas de mejora”, *Fedea. Estudios Económicos*, 1-2011, 2011 y CONDE-RUIZ, J. I.; FELGUEROSO, F.; GARCÍA-PÉREZ, J. I., “El fondo de capitalización a la austriaca: costes y beneficios de su implantación en España”, *Fedea. Estudios Económicos*, 6-2011, 2011.

²⁹ El texto completo de la propuesta está disponible en http://www.crisis09.es/propuesta/?page_id=37. Además, existe una versión más desarrollada en formato de libro electrónico, también disponible para su descarga en http://www.crisis09.es/propuesta/?page_id=755.

³⁰ Debe recordarse que la propuesta de contrato único contempla una indemnización creciente con la antigüedad, que oscila entre los 12 y los 36 días. A diferencia del modelo actual, la indemnización no se calcula simplemente multiplicando el número de años de servicio por los días marcados, sino que se forma de modo acumulativo (12 días por el primer año, 15 por el siguiente...)

³¹ Conde-Ruiz, J. I. et al., “El fondo de capitalización a la austriaca: costes y beneficios de su implantación en España”, cit., pág. 18.

ción y anunciada ya la convocatoria anticipada de elecciones generales, con la consiguiente disolución de las cámaras, en el mes de agosto de 2011 se aprobó el Real Decreto-Ley 10/2011 en el que, entre otras cosas, se modificaron los aspectos que en este trabajo se están analizando de la ley 35/2010.

En relación al fondo de capitalización, el art. 3 del RD-L realiza una modificación sustancial del mandato al gobierno. Al margen de retrasar dos años la elaboración del proyecto de ley (hasta el primer semestre de 2013), deja de considerarse una medida que se pondrá efectivamente en marcha, para entenderse ahora como una mera posibilidad. En efecto, el mandato consiste ahora en “desarrollar un proceso de negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre la conveniencia y oportunidad de aprobar un proyecto de Ley”. Es decir, se sustituye la “consulta” de la ley 35/2010 por un proceso de negociación, y además no se centra la discusión en los aspectos que hayan de configurar el fondo, sino en la “conveniencia y oportunidad” de ponerlo en marcha. Al margen de la ya flagrante extralimitación de la función del Real Decreto Ley conforme al art. 86 de la Constitución³², se confía una reforma de calado a la concertación social, pese a los precedentes de fracaso en la Reforma de 2010 y en la de la negociación colectiva en 2011, pese a las sucesivas ampliaciones de plazo para alcanzar acuerdo que se otorgaron. Además, ya no se considera un elemento esencial de la reforma, una culminación necesaria que por su complejidad requería un periodo de elaboración mayor, sino que se deja abierta la posibilidad de que no llegue a llevarse a cabo. De hecho, el mandato de que el fondo estuviera constituido el 1 de enero de 2012 no se pospone, sino que se suprime, emplazando al Gobierno a incorporar al citado proceso de negociación la vigencia del régimen transitorio a cargo del FOGASA.

Respecto al contenido material de la regulación del Fondo de capitalización, se ignoran las reservas del grupo de expertos (nombrados, recuérdese, de común acuerdo entre gobierno y agentes sociales) y se transcribe literalmente el régimen previsto en la Ley 35/2010. No se ajusta por tanto la posibilidad de que existan nuevas cotizaciones empresariales, ni siquiera en atención a que la regulación del fondo se pospone hasta una mejor situación económica y que en todo caso sí que ha de generar una reducción de coste laborales, al no tener que asumir el empresario la totalidad del coste de despido, sino que se reduce en “una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio por determinar”. Igualmente, se mantienen las contingencias en las que el trabajador podrá hacer uso de las cantidades depositadas a su nombre, sin concretar ni acotar su contenido.

³² Es contrario al sentido común justificar la “extrema y urgente necesidad” de aprobar una norma que se limita a ordenar una negociación dentro de más de un año sobre la oportunidad de llevar a cabo una medida.

La posposición de la puesta en marcha del fondo supone una situación de incertidumbre en relación a la cobertura por parte del FOGASA en caso de despido. El RD-L aborda directamente esta cuestión, manteniendo intacto el régimen previsto para los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2011. Para los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2012 se excluyen expresamente las extinciones “reconocidas por el empresario o declaradas judicialmente como improcedentes”. Se acaba, de este modo, con la tan criticada financiación de los despidos no conformes a derecho, si bien debe tenerse en cuenta que la naturaleza del reconocimiento de la improcedencia del despido por el empresario tiene una naturaleza controvertida: conforme a la doctrina unificada de la sala de lo social del Tribunal Supremo el reconocimiento de la improcedencia por parte del empresario, a los efectos de evitar el pago de salarios de tramitación, no es técnicamente un reconocimiento de ilegalidad sino un acto transaccional³³, pero la reciente Ley de la jurisdicción social³⁴ altera esa interpretación, al establecer que “*el reconocimiento de la improcedencia del despido, efectuado en la carta de despido o en cualquier momento posterior (...) vincula al empresario, que no podrá alterar esta calificación ni el importe reconocido salvo error material de cálculo o subsanación en forma*”³⁵. En todo caso, debe tenerse en cuenta que si la reformulación de las causas de despido no tiene el efecto deseado (pues es cierto que la experiencia muestra que la plena aplicación de esta clase de reformas tarda en consolidarse en la práctica judicial, y consecuentemente en la empresarial) la exclusión de los despidos improcedentes reduce aún más el atractivo de la contratación indefinida frente a la temporal, al elevarse los costes esperados de despido. Por otra parte, es posible que tenga un pequeño efecto positivo en los últimos meses de 2011, al ser –por idéntica razón– notablemente más ventajoso contratar bajo el régimen de la redacción original de la Ley 35/2010 que bajo la nueva norma.

La última modificación de la participación del Fondo de Garantía Salarial pone en relación dos ideas que ya se han destacado aquí: las limitaciones de la

³³ STS de 18 de diciembre de 2009, Rº 71/2009

³⁴ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, publicada en el BOE de 11 de octubre y que entrará en vigor el próximo 11 de diciembre. La doctrina del Tribunal Supremo seguirá aplicándose, por tanto, a todos los procesos que se inicien con anterioridad a dicha fecha, mientras que si el proceso se inicia a partir del 11 de diciembre (DT2ª de la nueva Ley) el reconocimiento de la improcedencia vinculará al empresario, con independencia de la fecha en que haya tenido lugar. Es cierto, en todo caso, que dados los breves plazos en que puede iniciarse el despido, no afectará a extinciones anteriores a la publicación de la ley.

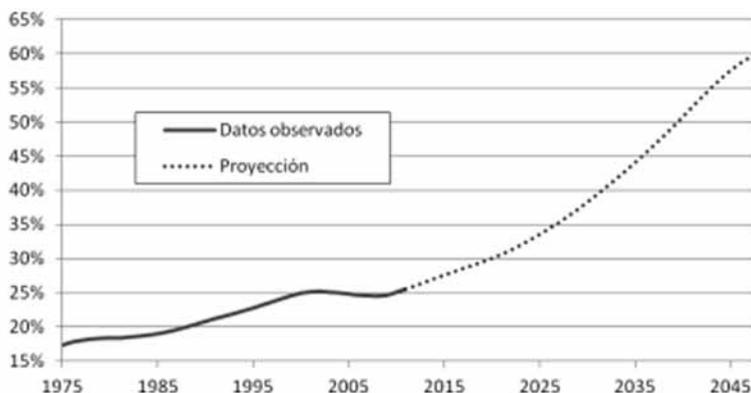
³⁵ Art. 105.3 de la citada Ley 36/2011. La doctrina del Tribunal Supremo seguirá aplicándose por tanto a todos los procesos que se inicien con anterioridad a dicha fecha, mientras que si el proceso se inicia a partir del 11 de diciembre (DT2ª de la nueva Ley) el reconocimiento de la improcedencia vinculará al empresario, con independencia de la fecha en que haya tenido lugar. Es cierto, en todo caso, que dados los breves plazos en que puede iniciarse el despido, no afectará a extinciones anteriores a la publicación de la ley.

capacidad financiera del FOGASA para cubrir indefinidamente esta reducción de costes de despido y la escasa credibilidad de la promesa de implantación en el futuro del fondo. La redacción inicial del apartado séptimo de la disposición transitoria tercera establecía que la cobertura por el FOGASA fuera “de aplicación hasta la entrada en funcionamiento del Fondo de Capitalización”. En su lugar, la redacción vigente hoy establece que “Lo establecido en esta disposición será de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2013, fecha en la que deberá haberse adoptado la decisión que corresponda sobre la constitución y entrada en funcionamiento de un fondo de capitalización”. Denota así el Gobierno la asunción de la posibilidad de que se decida la no constitución del fondo, en cuyo caso, en defecto de una nueva modificación (en principio con acuerdo con los interlocutores sociales), cese la obligación de cobertura por parte del FOGASA. Este régimen transitorio genera incertidumbre sobre la contratación, pues en una interpretación literal, si no se produce una nueva norma sobre la cuestión, el Fondo quedará exonerado del abono de los ocho días de salario por año de servicio a partir de la fecha citada, de tal modo que los empresarios que contrataron con la expectativa de menores costes de despido (bajo uno u otro régimen) tendrían que afrontar las indemnizaciones íntegras si la relación se extingue después. Además, al margen de que se diluye el espíritu de potenciación de la contratación indefinida, puede llegar a suponer una ventaja para aquellos empresarios que despidan antes de concluir el citado plazo, con el consiguiente agravio para aquellos otros que mantengan la relación laboral por un tiempo superior.

5. INCIDENCIA EN COMO SISTEMA COMPLEMENTARIO DE PENSIONES

5.1. La necesidad de reforzar los sistemas complementarios de Seguridad Social

El sistema de pensiones vigente en España, como ocurre en la mayor parte de los países de nuestro entorno, se basa en sistemas de reparto. Ello significa, como es sabido, que los pagos a las personas jubiladas se abonan con cargo a las aportaciones realizadas por quienes están en activo, sin que exista un fondo específicamente destinado al pago de las pensiones públicas. La mejora de la esperanza de vida que se viene produciendo en las últimas décadas ha planteado la necesidad de revisar y complementar este sistema.

Gráfico 5: Tasa de dependencia de los mayores de 64 años

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE: Indicadores demográficos básicos (1975-2009) y proyecciones de población a largo plazo

La magnitud de los cambios en la composición de la población es ciertamente muy elevada. La tasa de dependencia de mayores de 64 años (Gráfico 5: Tasa de dependencia de los mayores de 64 años⁵) muestra el cociente resultante de dividir la población de dicha edad entre las personas en edad de trabajar (entre 16 y 64 años). Obviamente, esta cifra no muestra exactamente cuántos trabajadores mantienen a cada pensionista, pues ni entre el segundo grupo todos están ocupados ni todos los mayores de 64 años tienen derecho a pensión. Aún así, es un buen indicador de las necesidades del sistema. Pues bien, observando el gráfico se observa que si en 1975 esta tasa de dependencia era del 17,3% (aproximadamente seis personas en edad de trabajar por cada una mayor de 64), en 2011 es de, 25,5% (la proporción se reduce a cuatro a uno), y alcanzará el 50% dentro de 30 años.

Esta tendencia, con unos u otros matices, es común al conjunto de la Unión, y ya hace más de 15 años preocupaba tanto a los agentes sociales y políticos españoles como a las autoridades comunitarias. De este modo el Libro verde sobre sistemas complementarios de pensiones³⁶ ya advertía de la necesidad de apoyar los sistemas públicos de pensiones en tres pilares o niveles: el público de reparto, los sistemas de empleo (vinculados a empresas) y los sistemas de pensiones individuales, generalmente contratados por entidades de seguros.

Esta lógica subyace también a la redacción revisada de 2003 de las reco-

³⁶ Comisión Europea, *Los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único. Libro verde*, Bruselas, 1997.

mendaciones del Pacto de Toledo³⁷, en las que se incorporó la necesidad de que “*Los trabajadores más jóvenes, para preservar unas pensiones en relación a su salario análogas a las vigentes en la actualidad*” complementaran “*su contribución al sistema público con aportaciones a fondos de pensiones de capitalización y gestión privada*”³⁸. En el mismo sentido en 2011, los grupos parlamentarios, al aprobar una nueva revisión del Pacto citado, señalaron que la previsión social complementaria “*debe ampliar su capacidad de complementar al conjunto de prestaciones sociales públicas, con la finalidad de posibilitar una mejor atención de algunas contingencias*”³⁹.

La evolución de los sistemas de pensiones y los mercados de trabajo ha conducido a la necesidad de reforzar los niveles privados de financiación, así como a mejorar la sostenibilidad de los públicos. En este último sentido, debe hacerse notar la tendencia a la introducción de diversas medidas destinadas a mejorar la situación financiera de las instituciones que se hacen cargo de las pensiones públicas. Así, el *Pacto por el Euro Plus* incluye entre sus recomendaciones, aunque como una opción entre otras, “el ajuste del régimen de pensiones a la situación demográfica nacional, por ejemplo mediante el ajuste de la edad de jubilación efectiva a la esperanza de vida”. En España, el refuerzo de la sostenibilidad se ha llevado a cabo mediante la introducción de diversos factores de corrección, incorporados a la Ley 27/2011⁴⁰, que conforme a la Memoria Económica elaborada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, remitiéndose a los datos elaborados por el Ministerio de Economía y Hacienda, supondrá un ahorro de hasta 3,6 puntos de PIB en 2060.

Tabla 1: Ahorro del sistema de Seg. Social en puntos porcentuales del PIB.

	% s/ base reguladora	Base reguladora	Retraso edad de jubilación	Efecto del incremento del nivel del PIB	Factor de Sostenibilidad	TOTAL
2015	0,0	0,0	0,1	0,0	0,0	0,1
2020	0,0	0,1	0,2	0,0	0,0	0,3
2030	0,1	0,4	0,8	0,1	0,0	1,4
2040	0,3	0,8	1,0	0,2	0,5	2,8
2050	0,3	1,0	1,0	0,2	1,0	3,5
2060	0,3	1,0	0,9	0,2	1,2	3,6

³⁷ El título original del mismo es Acuerdo sobre consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, firmado el 20 de septiembre de 1996.

³⁸ El informe completo puede consultarse en el BOCG núm. 596 de 2 de octubre de 2003. La frase entrecorrida procede de la página 29.

³⁹ MTIN, *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, 2011, pág. 92.

⁴⁰ Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto de 2011 y corrección de errores en BOE de 5 de octubre del mismo año)

Fuente: MTIN⁴¹

Estas reformas no son, en todo caso, excluyentes del refuerzo de los restantes niveles de financiación de las pensiones, sino que deben complementarse. Es en este punto, precisamente, en el que entran las aportaciones que puedan realizarse por medio de distintas fuentes y que aseguren o faciliten el mantenimiento de rentas tras el cese de la actividad laboral.

El desarrollo en España de los sistemas complementarios de pensiones del segundo nivel es relativamente limitado. Según las estadísticas oficiales, en 2009 eran únicamente algo más de 2 millones los trabajadores cubiertos por planes de empleo frente a los 8,4 millones los cubiertos por planes individuales⁴². Ello se explica en cierta medida por la escasa incidencia en la negociación colectiva de la posibilidad de establecer planes de empleo⁴³, lo que sorprende dada la importancia creciente que tiene este asunto en el debate público. En los limitados casos⁴⁴ en los que se atiende a este asunto, los negociadores recogen bien premios de jubilación (generalmente anticipada), bien planes de pensiones como los señalados, o por último pólizas de seguro⁴⁵.

La limitada importancia de estas contribuciones al sistema de pensiones refuerza la necesidad de orientar la posible constitución de un Fondo de Capitalización hacia la cobertura de la jubilación en detrimento de otras contingencias. Sin embargo, es preciso analizar hasta qué punto podría ser eficaz, para lo que en el siguiente epígrafe se lleva a cabo un análisis del impacto que puede llegar a tener.

5.2. La cuantía de la contribución a favor de cada trabajador con el Fondo de Capitalización

La indefinición del modelo de Fondo de Capitalización que eventualmente podría llegar a aprobarse hace complicado el cálculo de la cuantía que puede llegar a suponer para un trabajador promedio. En todo caso, pueden hacerse algunas estimaciones basándonos en las diferentes propuestas y distintos niveles

⁴¹ MTIN, Memoria económica del Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, MTIN, 2011, pág. 25.

⁴² DGSFP, *Planes y fondos de pensiones: Informe estadístico 2009*, Ministerio de Economía y Hacienda, pág. 30, en [//www.dgsfp.meh.es/PlanesFondos/Documentos](http://www.dgsfp.meh.es/PlanesFondos/Documentos)

⁴³ Puebla Pinilla, A. de la; Suárez Corujo, B.; Sande Pérez-Bedamar, M. de, “El coste económico de la protección social complementaria”, en *El contenido económico de la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pág. 244.

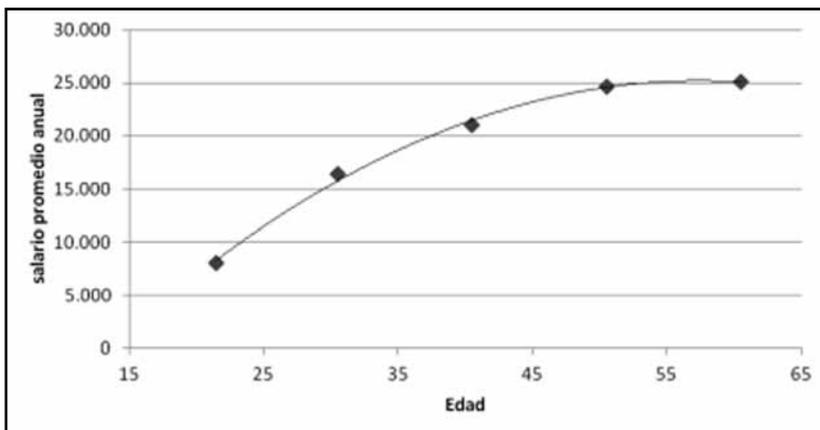
⁴⁴ Aragón Gómez, C., “El coste económico de la previsión social complementaria”, en *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Cinca, 2008, pág. 111. Es significativo que en los más de 150 convenios supraempresariales que analiza ese estudio sólo en uno se regule un plan de pensiones. En el nivel empresarial, sin ser común, es algo más frecuente la regulación de esta materia, generalmente mediante planes de aportación definida.

⁴⁵ *Ibid.*, pág. 109.

de rentabilidad de las cantidades aportadas.

El informe del Grupo de expertos plantea sus propuestas contando con una aportación del 1,5% de cotización a la Seguridad Social⁴⁶; la propuesta de V. Gómez, como ya se ha dicho, entre un 0,3 y un 0,5% y la de los economistas de FEDEA un coste del 3,26% sobre la reforma de 2010. Por simplificar el cálculo, y dado que es un ejercicio meramente hipotético, tomaremos únicamente la cifra más baja (0,3%) y la más elevada (3,26%). Realizando una aproximación a partir de los datos públicos de la Muestra Continua de Vidas Laborales de 2006, en el grupo de trabajadores más próximos a la edad de jubilación el tiempo medio cotizado es de 25,8 años, siendo más elevado para los hombres (29,9 años) que para las mujeres (18,3%). Dado que a medio plazo, conforme a la reciente Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, la edad de jubilación se retrasará progresivamente hasta los 67 años, y la tendencia a la igualación de la tasa de actividad de las mujeres (ha pasado del 30% al 53% desde 1976), parece aconsejable realizar una corrección al alza del tiempo con el que se retirarán los trabajadores cuando el modelo esté plenamente implantado. Por ello, se tomará como antigüedad media con contribuciones al jubilarse de 28 años. Como simplificación, se considerará una carrera laboral continua entre los años comprendidos entre los 29 y los 56.

Gráfico 6: Estimación de la evolución de los salarios con la edad



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos para 2009 de la serie “Mercado Laboral en las Fuentes Tributarias” de la Agencia Tributaria. Los rombos corresponden al dato observado para el grupo de edad, asignado al punto intermedio del intervalo correspondiente. La curva representa la estimación de salarios a partir de la cual se realiza la estimación.

En relación al nivel salarial, existen distintas fuentes: las Encuestas Trimestral y Anual de Coste Salarial y la serie de Mercado Laboral en las Fuentes Tri-

⁴⁶ González de Frutos, P. et AL., *Informe del grupo de expertos*, cit., pág. 38.

butarias. Aunque la Encuesta de Coste Laboral tiene datos más actualizados, la ventaja que presenta la última fuente nombrada es que permite desagregar por grupos de edades. De este modo, no es necesario hacer supuestos sobre cómo varían los salarios, sino que puede inferirse la senda que seguirán⁴⁷ (Gráfico 6).

Para evitar el problema de las variaciones de precios, se realiza el análisis con euros de 2011 (actualizando los salarios por el incremento salarial acumulado en la Encuesta Trimestral de Costes Laborales), de modo que las referencias a rentabilidad han de entenderse en términos reales, esto es, descontando la inflación.

Realizadas todas las estimaciones, y bajos los supuestos antes descritos, se llega a la Tabla 2, en la que se muestra la cantidad de la que dispondría el trabajador promedio (en euros de 2011):

Tabla 2: Resultados de la simulación de aplicación de un fondo de capitalización a un trabajador promedio

	Rentabilidad real obtenida ⁴⁸		
	-2%	0%	3%
Cotización del 0,3%	1.457,06 €	1.845,45 €	2.728,86 €
Cotización del 3,26%	15.833,43 €	20.053,84 €	29.653,63 €

Fuente: Elaboración propia a partir de diversas fuentes (ver texto)

Aunque el método de cálculo es aproximado, las cifras presentadas muestran la importancia de la cuantía de las aportaciones, que pueden llegar a dar diferencias muy notables en cuanto a la cantidad de la que disponga el trabajador a su jubilación. Por otra parte, para obtener cantidades que realmente tengan impacto como complemento de la pensión de jubilación a que el trabajador promedio (salario medio anual a lo largo de su vida, en euros de 2011, de 19.543,66€) tenga derecho, es necesario que la cotización sea relativamente elevada.

⁴⁷ Se toma la edad media de cada intervalo como referencia para la estimación de la curva.

⁴⁸ En el modelo austriaco se exige a las entidades que garanticen la devolución del 100% del capital aportado. Aplicando la misma regla, contando con una inflación promedio del 2%, la primera columna presenta la situación en que el fondo no consiga ninguna revalorización nominal, es decir, devuelva exactamente la suma de las aportaciones.

5.3. Notas finales sobre la implantación de un fondo de capitalización con incidencia sobre el sistema de pensiones

El conjunto de elementos antes señalados permiten llegar a la conclusión de que la implantación de un fondo que capitalice las indemnizaciones por despido puede tener un efecto muy positivo sobre el sistema complementario de pensiones, siempre que se den determinados requisitos.

En primer lugar, es necesario que se priorice la utilización del fondo para este fin, abandonando la idea de atender a otras finalidades como la formación o la movilidad geográfica. Ello no implica, desde luego, que estas no requieran una mejora, pues es evidente que son escasas en nuestro mercado de trabajo, sino que pueden encontrar financiación de otras fuentes más adecuadas. Así, la contingencia del despido únicamente debiera ser atendida cuando el trabajador careciera de una suficiente prestación por desempleo o se encontrara en otra situación de necesidad que justificara el cobro del fondo a su nombre.

Para asegurar los derechos de los trabajadores, la financiación de este fondo debería estar caracterizada por las notas de suficiencia y de seguridad. La primera de ellas debería conseguirse con una cotización adecuada a cargo del empresario (aunque puede permitirse la contribución adicional del trabajador para reforzar la función de garantía de rentas en la jubilación), compensada por la reducción de costes laborales que implicaría una menor indemnización por despido. Además, debe mantenerse desde la perspectiva fiscal su naturaleza indemnizatoria, aún cuando jurídicamente no responda ya a la decisión extintiva del empresario y el hipotético daño causado por ello⁴⁹. En consecuencia, en el momento de la jubilación no debe considerarse una renta sino una restauración del patrimonio, con lo que no debe tributar en el IRPF.

La seguridad del fondo debe entenderse en un doble sentido. Por una parte, toda cantidad aportada conforme a la ley debe ser inembargable y estar protegida de posibles insolvencias. Para ello, debe atribuirse el depósito y gestión a una entidad con plena independencia jurídica y económica de la empresa aportante. Al mismo tiempo, las entidades gestoras de los Fondos deberían estar debidamente supervisadas por los poderes públicos y las cantidades gestionadas garantizadas por un Fondo de Garantía al que todas ellas debieran contribuir, similar a los existentes en el sector del Seguro Privado o los Depósitos Bancarios.

La segunda faceta de la seguridad debe ser la relativa a la rentabilidad de las cantidades aportadas. Las simulaciones presentadas en este trabajo ponen de manifiesto la diferencia de la obtención de un tipo de interés real elevado o

⁴⁹ En realidad, la naturaleza jurídica de las cantidades que aportara el empresario no deberían cambiar, pues si el sistema se diseña correctamente abonará exactamente lo mismo. La diferencia está en el lado del trabajador, que en lugar de percibir una cantidad en caso de despido obtendrá el valor esperado a priori en toda relación laboral de esa indemnización.

reducido, pero la búsqueda de altas rentabilidades no puede suponer la puesta en riesgo de las cantidades aportadas. Por ello debe buscarse un adecuado equilibrio entre una y otra variable.

En definitiva, la puesta en marcha de un Fondo de Capitalización puede tener efectos muy positivos sobre distintas facetas de las relaciones laborales, pero deben tenerse en cuenta las diversas implicaciones que se derivan de la misma. Además, la profundidad de las modificaciones normativas que requiera permite anticipar la existencia de fuertes resistencias, tanto desde la representación de los trabajadores como de las organizaciones empresariales.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAM, G., *2002 Annual Review for Austria*, EIRO, 2003, accedido en <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/01/feature/at0301204f.htm>.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, *Temas Laborales*, nº 99, 2009, pág 259.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., “El coste económico de la previsión social complementaria”, en *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Cinca, 2008, págs. 103-125.
- BAWAG ALLIANZ VORSORGEKASSE AG, *New Severance Pay Rules in Austria (Abfertigung NEU)*, 2004, accedido en <http://bit.ly/DVRE3>.
- COMISIÓN EUROPEA, *Los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único. Libro verde*, Bruselas, 1997.
- CONDE-RUIZ, J. I.; FELGUEROSO, F.; GARCÍA-PÉREZ, J. I., “El fondo de capitalización a la austriaca: costes y beneficios de su implantación en España”, *Fedea. Estudios Económicos*, nº 6-2011, 2011.
- CONDE-RUIZ, J. I.; FELGUEROSO, F.; GARCÍA-PÉREZ, J. I., “Reforma Laboral 2010: Una primera evaluación y propuestas de mejora”, *Fedea. Estudios Económicos*, nº 1-2011, 2011.
- DESDENTADO BONETE, A., “La reforma del despido en La Ley 35/2010”, en Ignacio Garcia-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (eds.) *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, 2010.
- DGSFP, *Planes y fondos de pensiones: Informe estadístico 2009*, Ministerio de Economía y Hacienda, accedido en <http://www.dgsfp.meh.es/PlanesFondos/Documentos/Informe%20Estadistico%20Planes%20y%20Fondos%202009.pdf>.

- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “El abono de parte de la indemnización por despido por el FOGASA y regulación de los fondos de capitalización”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (eds.) *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, 2010.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “Lógica de alcance de la indemnización por despido improcedente”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, nº 333, 2010, págs 5-58.
- GÓMEZ, V., “¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austriaco?”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, nº 12, 2010, págs 135-141.
- GONZÁLEZ DE FRUTOS, P.; LÓPEZ GANDÍA, J.; NADAL BELDA, A.; PÉREZ INFANTE, J. I.; RODRÍGUEZ VERA, E.; RUESGA BENITO, S. M., *Informe del Grupo de Expertos sobre el Fondo de Capitalización para los trabajadores*, MTIN, 2011, accedido en http://www.tt.mtin.es/periodico/laboral/201109/Infor_grupo_expert_%20F_Capit_trab.pdf.
- HOFER, H., “The Severance Pay Reform in Austria («Abfertigung Neu»)”, *CESifo DICE Report*, vol. 5, nº 4, 2007, págs 41–48.
- KLEC, G., “Flexicurity and the reform of the Austrian severance-pay system”, *ETUI-REHS, European Economic and Employment Policy Brief*, vol. 4, 2007.
- KOMAN, R.; SCHUH, U.; WEBER, A., “The Austrian Severance Pay Reform: Toward a Funded Pension Pillar”, *Empirica*, vol. 32, nº 3, 2005, págs 255–274.
- MTIN, *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, 2011.
- MTIN, *Memoria económica del Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*, MTIN, 2011.
- PUEBLA PINILLA, A. DE LA; SUÁREZ CORUJO, B.; SANDE PÉREZ-BEDAMAR, M. DE, “El coste económico de la protección social complementaria”, en Jesús R. Mercader Uguina (dir.) *El contenido económico de la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.