MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN LABORAL

Libro homenaje al profesor Francisco J. Prados de Reyes

Dirección
Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

60

Junta de Andalucía
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN LABORAL

LIBRO HOMENAJE AL PROF. FRANCISCO J. PRADOS DE REYES

Dirección
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

60

JUNTA DE ANDALUCIA
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES
Dirección
Ángel Javier Gallego Morales
Jesús Cruz Villalón
Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2018

© Los autores, 2018

ISBN: 978-84-09-01472-9

Imprime: TECNOGRAPHIC, S.L. Artes Gráficas

Depósito Legal: SE 804-2018

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN LABORAL

LIBRO HOMENAJE AL
PROF. FRANCISCO J. PRADOS DE REYES

ÍNDICE

PRÓLOGO 17

PUBLICACIONES DEL DR. H.C. D. FRANCISCO JAVIER PRADOS DE REYES. 19

LA CONTRATACIÓN LABORAL EN EL MARCO DE LA FLEXIGURIDAD: LAS ORIENTACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA 27
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

1. La "invención" de la flexiguridad 28
2. La asunción de la política de flexiguridad en la Comunidad Europea 32
3. Flexibilidad y "modernización del Derecho del Trabajo" 36
4. La crisis económica y la "nueva fase" de la flexiguridad 39
5. Un cambio de rumbo. 43

LA CONTRATACIÓN TEMPORAL: PROBLEMAS Y SOLUCIONES. UN DEBATE NECESARIO 47
MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE

1. La contratación temporal: problema estructural del mercado de trabajo español; la microcontratación 48
   1.1. La patológica dualidad del sistema español de contratación temporal: las altas tasas injustificadas de temporalidad y rotación; y la microcontratación 48
   1.2. La variada atipicidad de la contratación indefinida: multiplicidad e inutilidad de "modalidades contractuales" meramente coyunturales creadas para bonificar la contratación de trabajadores con especiales dificultades 52
2. Los principales problemas de la contratación temporal y sus causas. La cuestión esencial: el uso fraudulento y abusivo de la contratación temporal 54
   2.1. El fracaso de las normas reformadoras del mercado de trabajo en la resolución del grave problema de la dualidad laboral del mercado de trabajo español 56

A) El fomento jurídico-económico de la contratación indefinida y el abandono de la lucha contra la patología crónica de la temporalidad. 56
B) Las modalidades causales de contratación temporal y el inefectivo régimen legal reactivo frente a su utilización fraudulenta y abusiva 59
2.2. La inadecuada desincentivación de la contratación temporal: causal, fraudulenta y abusiva. 62
A) Las indemnizaciones por la finalización regular de los contratos de duración determinada (para obra o servicio determinado y eventuales por razones productivas) ¿Evitación de la contratación temporal fraudulenta? 62
B) La reformulación de la cuestión de prejudicialidad por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el caso *De Diego Porras*: las indemnizaciones por la finalización regular de los contratos de duración determinada para obra o servicio determinado y eventuales por razones productivas y la evitación de la utilización abusiva de los contratos temporales 66
2.3. La falta de decisión del legislador de poner fin a las políticas de promoción de la contratación temporal acausal como medida de fomento del empleo 69
3. Las soluciones: la eliminación del uso acausal, fraudulento y abusivo de la contratación temporal. 70
3.1. La necesidad de una legislación adecuada, diferenciadora de la contratación temporal institucional causal y eficazmente disuasoria de la acausal, fraudulenta y abusiva. 71
3.2. El papel principal de la negociación colectiva en el diseño de la contratación temporal causal y en el control preventivo de la contratación temporal irregular. . . . 74
3.3. Un eficaz control ulterior, administrativo y judicial, de la regularidad de la contratación temporal.. 75

DEL DERECHO DEL TRABAJO CLÁSICO AL DERECHO FLEXIBLE DEL TRABAJO. 77
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. Las transformaciones estructurales y la política social en la crisis del Estado Social de Derecho 78
2. El significado político jurídico del modelo de "adaptación" del Derecho Social a las nuevas realidades políticas, económicas y del empleo 94

EL INSTITUTO DEL PERÍODO DE PRUEBA DEL CONTRATO DE TRABAJO: ESTRUCTURA Y FUNCIONES 117
ANTONIO MARTÍN VALVERDE

1. Antecedentes legales próximos y remotos del período de prueba 118
2. El período de prueba en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 y en la normativa de las relaciones especiales de trabajo. 120
3. El período de prueba en las leyes de reforma del mercado laboral 123
4. Interludio: de la regulación a la práctica aplicativa del período de prueba 128
5. Piezas o elementos estructurales del período de prueba (I): origen, localización y duración máxima 130

6. Piezas o elementos estructurales del período de prueba (II): deber de experimento y facilitación de la resolución o desistimiento del contrato 133
7. Fines y funciones del período de prueba: sobre el período de prueba sui generis del contrato de apoyo a los emprendedores 137

CONTRATACIÓN LABORAL, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PACTOS ACCESORIOS. 141
JUAN GARCÍA BLASCO

1. Derechos y libertades en la relación laboral y autonomía contractual. 142
2. La obligación del trabajador de no concurrir deslealmente con la empresa 143
2.1. El deber legal de no concurrir con la actividad de la empresa: alcance 143
2.1.1. Ámbito subjetivo. 145
2.1.2. Ámbito objetivo 145
2.1.3. Ámbito temporal. 148
2.2. Efectos jurídicos de su incumplimiento 150
2.2.1. Responsabilidad disciplinaria: el despido del trabajador. 150
2.2.2. Responsabilidad por daños y perjuicios. 152
3. El pacto de no competencia postcontractual 153
3.1. Caracterización legal 153
3.2. Requisitos de validez y eficacia. 155
3.3. La extinción del pacto y sus consecuencias jurídicas 158
3.3.1. Supuestos 158
3.3.2. Incumplimiento injustificado e indemnización de daños y perjuicios: criterios de valoración 160
3.3.2.1. La obligación de restituir la compensación económica percibida 162
3.3.2.2. La indemnización adicional de daños y perjuicios 164
4. El pacto de permanencia en la empresa 166
4.1. Configuración y alcance. 166
4.2. Requisitos legales y efectos de su incumplimiento. 167

EL FRAUDE DE LEY EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. 173
M. CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ

1. La duración del contrato de trabajo: contratos indefinidos y contratos temporales . . . 174
2. Trabajadores fijos y contratos indefinidos 177
2.1. Uso y abuso de la contratación temporal de trabajadores. 177
2.2. La respuesta del ordenamiento jurídico en sede contractual frente a la contratación temporal irregular: trabajadores fijos y contratos indefinidos 178
2.3. La adquisición de la condición de trabajadores fijos por incumplimiento del régimen jurídico de la contratación temporal 180
3. Contratos temporales en fraude de ley y presunción legal de contratación indefinida: la vulneración del principio de causalidad de la contratación temporal 182
4. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratación temporal abusiva y cuestiones anejas 186

LA DEMOLICIÓN PROGRAMADA DE LA RELACIÓN ESPECIAL DE ESTIBADORES PORTUARIOS 193
ANTONIO OJEDA AVILÉS

1. Antecedentes. 194
2. La derogación de la relación laboral especial y el régimen transitorio del Real Decreto-Ley 8/2017. 195
3. La globalización en la actividad portuaria. 200
4. Consecuencias de la Sentencia del Tribunal Europeo. 201
5. La incógnita de los costes laborales. 202
6. El Reglamento UE 2017/352, de 15 de febrero, marco para la prestación de servicios portuarios. 204
7. El acuerdo de modificación y la intervención de la CNMC. 206

MEDIDAS DE APOYO A EMPRENDEDORES: DE 2012 A 2017 213
ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

1. Contrato de apoyo a emprendedores 214
   1.1. Introducción 214
   1.2. Sujetos del contrato 215
   1.3. Prohibiciones a la contratación 216
   1.4. Formalidades y modalidades 217
   1.5. Contenido. El período de prueba 218
2. Cambios en el trabajo autónomo introducidos por la Ley 6/2017 220
   2.1. Descripción de la norma 220
   2.2. Normas derogadas y normas modificadas 221
   2.3. Presupuestos y fines de la norma 223
   2.4. Ámbito temporal 223
   2.5. Desarrollo normativo y modernización 224
   2.6. Importante presupuesto: concepto de trabajo autónomo. 224
   2.7. Derechos colectivos 225
      A) Asociaciones representativas 225
      B) Participación en el Consejo Económico y Social 226
      C) Consejo del Trabajo Autónomo y Consejos Autonómicos 227
      D) Constitución del Consejo del Trabajo Autónomo 227
      E) Criterios de representatividad 227
      F) Depósito de estatutos sociales 228
      G) Participación en prevención de riesgos 228
   2.8. Formación profesional 228
   2.9. Conciliación de la vida profesional y familiar 229
      A) Contratación de una persona asalariada 229
      B) M/Paternidad, adopción o similar, riesgos 230
      C) Autónomas reincorporadas 231
      D) Prestaciones por maternidad y paternidad. 232
      E) Encuadramiento de familiares 233
      F) Familiares colaboradores 233

2.10. Medidas de fomento y promoción 234
A) Fomento del trabajo autónomo 234
B) Fomento del trabajo autónomo para colectivos vulnerables 235
C) Contratación de familiares 236
D) Compatibilidad con jubilación 236
2.11. Profesionalidad del accidente in itinere 237
2.12. Reordenación de las cotizaciones 237
A) Supuestos de pluriactividad 237
B) Base mínima para empleadores 238
C) Flexibilidad en la cotización: meses incompletos y cambios en la base 239

ASPECTOS CRUCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO 241
JESÚS CRUZ VILLALÓN

1. El peso del contrato para obra o servicio determinado en nuestro sistema 242
2. La autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa 244
3. La especialidad de las contratas y subcontratas 247
4. Las duraciones máximas del contrato para obra o servicio 250
5. Las especialidades en el ámbito de la Administración Pública 254
6. Procedimientos y requisitos formales de la extinción contractual 257
7. Igualdad de trato en la extinción contractual: indemnización y procedimiento 258

EL CONTRATO TEMPORAL EVENTUAL, LA QUIMERA DE LA CAUSA 265
SOFÍA OLARTE ENCABO

1. Introducción 266
2. Configuración conceptual del contrato eventual 269
3. La duración del contrato eventual 272
4. El papel reforzador de la causalidad en la negociación colectiva 274
5. La aplicación al contrato eventual de las disposiciones comunes de los contratos temporales 275
5.1. Conversión contractual por incumplimiento legal o uso excesivo 275
5.2. Medidas preventivas de la contratación temporal abusiva y de promoción del empleo estable 282
5.3 Medidas de garantía de los derechos de los trabajadores temporales y del principio de igualdad y no discriminación 284

LOS CONTRATOS DE INSERCIÓN POR SERVICIOS DE UTILIDAD SOCIAL . . 289
OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

1. La política de inserción como elemento integrante de la política de empleo 290
2. El contrato para la inserción 292
2.1. Razones para su aparición en nuestro ordenamiento jurídico 292

2.2. Su antecedente el Real Decreto Ley 5/2001 y posterior tramitación parlamentaria hasta quedar regulado por Ley 12/2001 293
2.3. Naturaleza jurídica del contrato de inserción 295
2.4. Sujetos contratantes: administración pública, entidades sin ánimo de lucro y empresas de inserción 298
2.5. Sujetos desempleados susceptibles de ser contratados mediante el contrato para la inserción 299
2.6. La realización de obra o servicio de interés general o social 302
2.7. Vigencia y límites temporales en el contrato de inserción 304
2.8. Salario y cotización a la seguridad social 305
3. Diferencias y similitudes entre el contrato de inserción y los trabajos de colaboración social 306
4. A modo de conclusión 309

CONTRATOS TEMPORALES DE FOMENTO DEL EMPLEO 311
ROSA Mª GONZÁLEZ DE PATTO

1. Políticas activas de empleo y contratación temporal 312
2. La institucionalización del contrato temporal de fomento del empleo en nuestro sistema de contratación 313
3. La recuperación relativa de la causalidad en la contratación temporal. El principio del fin del contrato temporal coyuntural 316
4. La reforma laboral de 2001: la recuperación efímera de la contratación temporal de fomento del empleo con un enfoque "asistencial" 319
5. Los vigentes contratos temporales de fomento del empleo 321
6. Conclusiones 325
Bibliografía citada 326

EL CONTRATO DE PRIMER EMPLEO JOVEN 327
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

1. Introducción 328
2. Régimen jurídico del contrato de primer empleo joven 329
2.1. Requisitos para formalizar el contrato de primer empleo joven 329
2.2. Duración del contrato 331
2.3. Jornada de trabajo 332
2.4. Forma 332
2.5. Naturaleza jurídica: disociación entre causalidad y temporalidad 332
2.5.1. Un contrato temporal sin causa temporal 333
2.5.2. Comparación con otras modalidades de contratación temporal 334
a) Como contrato temporal estructural o causal 334
b) Como contrato temporal de fomento de empleo, coyuntural o acausal 336
c) Como contrato formativo 339
2.5.3. Conclusiones 340
3. Incentivos a la transformación en contratos indefinidos 341
4. Particularidades para las empresas usuarias y ETTs 341
5. Incidencia real del contrato de primer empleo joven en el mercado de trabajo 343

LA CONTRATACIÓN TEMPORAL A TRAVÉS DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL 345
Mª NIEVES MORENO VIDA

1. La consolidación de las ETT como mecanismo de flexibilidad laboral 346
2. Ampliación de los sectores de actividad donde pueden actuar las ETT (eliminación o flexibilización de las prohibiciones y restricciones al uso de las ETT) 353
3. La expansión de las ETT a las Administraciones Públicas: la derogación de la Disposición Adicional Quinta de la Ley de contratos en el sector público de 2007 y las posibilidades de recurso a las ETT 355
4. Los derechos laborales de los trabajadores puestos a disposición por ETT 362
   4.1. Igualdad de remuneración 371
   4.2. Indemnización de fin de contrato. 373
   4.3. Protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia y de los menores y principio de no discriminación 375
   4.4. Beneficios sociales y acceso al empleo y a la formación 376

CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UNA CONTINUA ANOMALÍA JURÍDICA, ¿GERENCIALMENTE ÚTIL? 381
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

EL PERSONAL INTERINO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LAS DIFICULTADES PARA AVANZAR EN LA RACIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO 401
Mª TERESA DÍAZ AZNARTE

1. Cuestiones previas. ¿Otro modelo es posible? La calidad de los servicios públicos en el punto de mira. 402
2. Las Administraciones Públicas ante la contratación laboral. Las disfunciones del modelo dual de empleo público 404
3. Contratación temporal en fraude de ley y encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas. El personal laboral indefinido no fijo 412
4. La interinidad en el empleo público. Régimen jurídico. 417
   4.1. La dualidad del modelo en la legislación española. La interinidad en el TREBEP (funcionarios interinos) y en el TRET (personal laboral interino). 417
   4.2. El personal laboral interino al servicio de las Administraciones públicas a la luz de la más reciente jurisprudencia comunitaria 424

EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE O EL COMPLICADO EQUILIBRIO ENTRE FORMACIÓN E INSERCIÓN LABORAL 429
Mª TERESA ALAMEDA CASTILLO Y AMPARO M. MOLINA MARTÍN

1. Política de empleo dirigida a luchar contra el desempleo juvenil 430
2. El contrato para la formación y el aprendizaje como instrumento de política de empleo a través de la formación. La formación profesional dual como telón de fondo 435
3. Algunos aspectos de la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje objeto de reflexión. 439

3.1. La edad: su progresiva ampliación, y con ello cierta desvirtuación de la modalidad contractual 440
3.2. La formación en el contrato (o algo es algo) 442
3.3. Condiciones de trabajo devaluadas. Referencias al tiempo de trabajo y la retribución-cotización 444
4. Contratación para la formación y el aprendizaje por medio de empresas de trabajo temporal: la transformación de un modelo 447
5. Reflexiones finales 449

CONTRATO EN PRÁCTICAS: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL 453
Mª DOLORES GARCÍA VALVERDE

1. Introducción y objeto del contrato 454
2. Régimen jurídico aplicable 455
2.1. Definición y normativa reguladora 455
2.2. Requisitos materiales y formales 456
2.3. Particularidades de este contrato 461
3. Limitaciones a la concertación del contrato en prácticas 464
4. Conversión del contrato en indefinido. Incumplimiento de requisitos 465
5. Incentivos a la contratación en prácticas e incentivos a la conversión en indefinido. . 466
5.1. Reglas generales. 466
5.2. Reglas particulares en el caso de trabajadores discapacitados 467
6. Contrato en prácticas y puesta a disposición 468
7. Estado de la cuestión sobre la realidad que rodea a los jóvenes y conclusiones 469
Bibliografía 471

LA CONTRATACIÓN LABORAL DEL RESIDENTE SANITARIO 475
JOSÉ A. SOLER ARREBOLA Y ANTONIO M. CARDONA ÁLVAREZ

1. Aspectos generales del carácter especial de la actividad del residente 476
2. Ámbito subjetivo y fuentes reguladoras de la relación especial 478
3. Forma, contenido y duración del contrato 480
4. Derechos y deberes 482
5. Tiempo de trabajo y descansos 483
6. Retribuciones. 486
7. Vicisitudes. Las rotaciones 488
8. Suspensión y excedencia 491
9. Extinción 493
10. Régimen disciplinario 496

EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL. 501
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ

1. Una primera reflexión general sobre la contratación a tiempo parcial en España: de la excepcionalidad a la expansión ¿involuntaria? 502
2. Análisis del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial 505

2.1. El concepto de trabajo a tiempo parcial 505
2.2. La forma del contrato a tiempo parcial 507
2.3. La voluntariedad en la constitución y en la transformación del contrato a tiempo parcial 509
2.4. El tiempo de trabajo 512

CONTRATO DE RELEVO: LA PROBLEMÁTICA DE UN ACTOR SECUNDARIO 517
JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

1. Introducción 518
2. Evolución del marco regulador 521
3. Requisitos 525
3.1. Existencia de un trabajador jubilado parcialmente 525
3.1.1. Requisitos para el relevado 526
a) Régimen de encuadramiento 526
b) Edad de jubilación 529
c) Antigüedad en la empresa 530
d) Período de carencia 531
3.1.2. Reducción de la jornada 532
3.2. Correspondencia entre bases de cotización de relevado y relevista 540
3.3. El relevista 541
4. Elementos formales. El contrato de relevo 542
4.1. Requisitos formales 542
4.2. Duración del contrato y jornada 543
5. Obligaciones y responsabilidades empresariales 546
6. Conclusiones 548

EL CONTRATO DE TRABAJO A DISTANCIA 551
JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

1. El debate sobre el trabajo a distancia en el contexto de las transformaciones productivas (y los nuevos problemas de calificación jurídica) 552
2. El reto de la ordenación normativa del trabajo a distancia en España (del "trabajo a domicilio" al "trabajo a distancia") 556
2.1. El imperfecto tránsito legislativo 556
2.2. El papel de la negociación colectiva 563
3. Régimen jurídico específico del trabajo a distancia: una regulación insuficiente 564
3.1. El status jurídico-individual del trabajador a distancia 564
3.2. Trabajadores a distancia y derechos de representación colectiva 572
4. Consideraciones finales 574
Bibliografía 575

LA PREVENCIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL 579
ROSA MOYA AMADOR Y JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

1. Introducción y delimitación del tema 580
2. Regulación jurídica la prevención de riesgos laborales de los trabajadores temporales 582
   2.1. Marco normativo 582
   2.2. Principio de equiparación de la protección de los trabajadores temporales con los fijos e Igualdad de trato 583
   2.3. El fundamento de la protección especial a los trabajadores temporales o de duración determinada 586
3. La prevención de riesgos en la contratación temporal directa 586
   3.1. Obligación de información de los trabajadores 588
   3.2. Obligación de formación de los trabajadores 588
   3.3. Obligación de vigilancia periódica de la salud 589
   3.4. Obligación de información a los servicios de protección y prevención 589
4. Protección de los trabajadores contratados por Empresas de Trabajo Temporal, contratación temporal indirecta 590
   4.1. Las razones para un tratamiento concreto y análisis de su marco regulador 590
   4.2. Concreciones de la obligación de seguridad en la relación laboral triangular 594
      4.2.1. Obligaciones previas a la celebración del contrato de puesta a disposición 594
      4.2.2. Obligaciones de la empresa usuaria durante el desarrollo del contrato de puesta a disposición 599
   4.3. La prohibición de contratación de puesta a disposición por razones de prevención 601
5. Bibliografía 604

PRÓLOGO

Semblanza del Profesor Francisco Javier Prados de Reyes

El 30 de septiembre de 2017, y de acuerdo con la normativa vigente, el profesor Prados de Reyes ha accedido a la jubilación como profesor universitario.

Este libro constituye un acto de homenaje al profesor Prados con dicho motivo, realizado por sus compañeros en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. También han participado en él discípulos del profesor Prados que actualmente están en otras Universidades españolas y reconocidos profesores de esta disciplina que han querido sumarse a este acto.

El profesor Prados de Reyes se licenció en Derecho por la Universidad de Granada, manifestando inmediatamente su intención de dedicarse a la docencia y a la investigación en la Universidad. El profesor D. Antonio Mesa-Moles, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada y encargado, entonces, de curso de Derecho del Trabajo, lo pone en contacto con el profesor José Vida Soria con quien se trasladó a la Universidad de Salamanca. Posteriormente vuelve a la Universidad de Granada como profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la primera cátedra de esta disciplina creada en esta Universidad y ocupada por el profesor Vida.

El profesor Prados de Reyes alcanzó el título de Doctor en Derecho con la realización y defensa de su tesis doctoral sobre "El contrato de aprendizaje", dirigida por el profesor Vida Soria. Es también diplomado en Relaciones Laborales y Diplomado en Derecho Comparado del Trabajo por la Universidad de Estras-

burgo (Sección: Escuela de Derecho del Trabajo Comparado de la Universidad de Trieste, Italia). Desde 1986 ha sido Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Granada.

En el desarrollo de su actividad académica en la Universidad de Granada ha sido Vicedecano de la Facultad de Derecho, en dos períodos; Director del Secretariado del Gabinete Jurídico de la Universidad; Director de la Escuela Social de Granada (dependiente del Ministerio de Trabajo) y, posteriormente, de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales; Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

A lo largo de su actividad docente ha dirigido varias Tesis Doctorales y ha sido profesor invitado por numerosas Universidades latinoamericanas para la impartición de cursos de doctorado, máster y seminarios, habiendo sido nombrado Doctor Honoris Causa por la Universidad de Jalapa (Veracruz, Méjico). También ha dirigido la Revista doctrinal Temas Laborales, editada por la Consejería de Trabajo de la Junta de Andalucía, entre 1992 y 1999, y ha formado parte de diversas Comisiones de Evaluación de la Calidad y de la ANECA para evaluación de titulaciones de grado y posgrado y para la acreditación del profesorado universitario. Ha recibido diversos premios y distinciones. Desde 2006 ha venido desarrollando también su actividad en el ámbito profesional de la abogacía.

El profesor Prados de Reyes ha desarrollado su carrera profesional, en definitiva, en el ámbito de la Universidad, dedicando su actividad a la docencia, a la investigación y a la gestión universitaria. Por todo ello, y por todos sus años de dedicación a la Universidad, queremos dedicarle este libro.

Finalmente, queremos dejar constancia de nuestra gratitud a todos los autores de esta obra colectiva. Nuestro agradecimiento más sincero al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales por garantizar la publicación de este libro, y expresarlo en la persona de su Presidente, Ángel Javier Gallego Morales, quien además, en esta ocasión, reúne también la condición de compañero del profesor Francisco Javier Prados de Reyes en nuestro Departamento.

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

PUBLICACIONES DEL
PROF. DR. H.C. D. FRANCISCO JAVIER PRADOS DE REYES

LIBROS

"El Contrato de Aprendizaje", Editorial: Servicio de Publicaciones, Universidad de Granada, 1979. ISBN: 84.338.0140.6.

"El Derecho de Reunión en la Función Pública". Editorial: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales – Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1990, págs. 131-143. ISBN 84-7595-058-2.

"Bases para la Implantación de un Segundo Ciclo de Nivel Docente Superior en los Estudios de Graduado Social (Diplomado en Relaciones Laborales)". Editorial: Universidad de Granada, Granada, 1991 (coautor con el Prof. Vida Soria). ISBN: 84-338-1422-2.

"Leyes Laborales Básicas" (1ª edición). Editorial: Comares, Granada, 1994 (coautor con J. Vida Soria y J. L. Monereo Pérez). ISBN: 84-8151-095-5.

"Compendio de legislación laboral" (1ª edición) Editorial: Comares, Granada, 1994 (coautor con J. Vida Soria y J. L. Monereo Pérez). ISBN. 84-8444-173-3.

"Compendio de legislación laboral" (2ª edición). Editorial: Comares, Granada, 1995 (coautor con J. Vida Soria y J. L. Monereo Pérez). ISBN: 84-8444-173-3.

"Compendio de legislación laboral" (3ª edición). Editorial: Comares, Granada, 1996 (coautor con J. Vida Soria y J. L. Monereo Pérez). ISBN: 84-8444-173-3.

"La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa". Editorial: Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, ISBN: 84-8002-562-X.

"Compendio de legislación laboral" (4ª edición). Editorial: Comares, Granada, 1997 (coautor con J. Vida Soria y J. L. Monereo Pérez). ISBN: 84-8444-173-3.

"Compendio de legislación laboral" (5ª edición). Editorial: Comares, Granada, 1998 (coautor con J. Vida Soria y J. L. Monereo Pérez). ISBN: 84-8444-173-3.

"Compendio de legislación laboral" (6ª edición) Edit. Comares. (Granada 1999) (coautor con J. Vida Soria y J. L. Monereo Pérez). ISBN: 84-8444-173-3.

"Compendio de legislación laboral" (7ª edición). Editorial: Comares, Granada, 2000 (coautor con J. Vida Soria y J. L. Monereo Pérez). ISBN: 84-8444-173-3.

"Compendio de Legislación de Seguridad Social" (1ª edición). Editorial: Comares, Granada, 2000 (coautor con J. Vida Soria y J. L. Monereo Pérez). ISBN: 84-8444-200-4.

"Compendio de Legislación Laboral" (8ª edición). Editorial: Comares, Granada, 2001 (coautoría con J. Vida Soria y J. L. Monereo Pérez). ISBN: 84-8444-173-3.

"Estructuración empresarial, ordenación productiva, innovación tecnológica: nuevas perspectivas en la regulación de las Relaciones laborales". Editorial: Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Granada, 2002; Depósito Legal GR./1.108-2003, págs. 20.

"Compendio de Legislación Laboral" (9ª edición). Editorial: Comares, Granada, 2002 (coautoría con J. Vida Soria y J. L. Monereo Pérez). ISBN: 84-8444-173-3.

"Compendio de Legislación Laboral" (10ª edición). Editorial: Comares, Granada, 2001 (coautoría con J. Vida Soria y J. L. Monereo Pérez). ISBN: 84-8444-748-0.

"El Estatuto Básico del Trabajador". Editorial: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006. ISBN: 84-689-4677-X.

CAPÍTULOS DE LIBROS

"Las Obligaciones Formativas en el Contrato de Trabajo para la Formación", en "Las Relaciones Laborales y la reorganización del Sistema Productivo. I Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales". Editorial: Publicaciones de la Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1982, págs. 115-122. ISBN 84-7231-904-0.

"La Concurrencia de Prestaciones en el Sistema de Seguridad Social", en "II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo". Editorial: Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Madrid, 1985, págs. 305-319). ISBN 84-7434-308-9.

"El contrato de trabajo para la formación", en "Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores", T. III. Editorial: EDERSA, Madrid 1985, págs. 175-250. ISBN 84-7130-363-9.

"La Participación social en el Texto de la Constitución", en "Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978", T. X, Editorial: EDERSA, Madrid, 1985, págs. 57-89 (en colaboración con el Prof. Vida Soria). ISBN 84-7130-403-1.

"El nuevo régimen jurídico de los contratos de trabajo en prácticas y para la formación", en "Comentarios a la nueva Legislación Laboral". Editorial: Tecnos, Madrid, 1985. ISBN 84-309-1172-3.

"Garantías de los Representantes de los Trabajadores frente a decisiones discriminatorias del Empresario", en "II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo". Editorial: Instituto de Estudios Sociales, 1985, págs. 835-846. ISBN 84-7434-309-7.

"Ejercicio de Acciones Declarativas en el Procedimiento Laboral", en "IV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales". Editorial: Consejería de Trabajo y Seguridad Social. Junta de Andalucía, Sevilla 1986, págs. 205-217. ISBN 84-505-3609-X.

"Formación Profesional y Contrato de Trabajo", en "V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales". Editorial: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1987, págs. 103-143. ISBN 84-7434-436-6.

"Socios trabajadores de Sociedades irregulares: Carácter de la Relación y Encuadramiento en Materia de Seguridad Social", en "Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los

Catedráticos Españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea", Editorial: Servicio de Publicaciones, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1989, págs. 817-835. ISBN 84-7434-582-0.

"Las Cláusulas de Financiación Sindical en la Negociación Colectiva en Latinoamérica", en "La Negociación Colectiva en América Latina". Editorial: Trotta – Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Madrid, 1993, págs. 61-73. ISBN 84-87699-78-2.

"Despidos Colectivos", en "La Reforma Laboral de 1994". Editorial: Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 225-246. ISBN, 84-7248-221-9.

"Modelos normativos del derecho de huelga en Europa", en "I Jornadas de Derecho del trabajo del Campo de Gibraltar sobre La nueva Ley de huelga". Editorial: Escuela de Estudios Socio-jurídicos y Económicos del Campo de Gibraltar, 1994.

"El contrato de trabajo en prácticas", en "Jornadas de Derecho del trabajo del Campo de Gibraltar sobre La reforma del mercado de trabajo". Editorial: Escuela de Estudios Jurídico-Económicos del Campo de Gibraltar, 1994, págs. 7-48.

"La reforma de los despidos colectivos y su adecuación al ámbito comunitario", en "III Jornadas sobre la Comunidad Europea". Editorial: Consejería de Trabajo de la Junta de Andalucía – Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995, págs. 147-161.

"Los derechos colectivos de negociación, participación y representación en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en "Solución de conflictos laborales: Negociación, directa y solución extrajudicial" (Coord. Pedrajas Pérez). Edit. Universidad de Almería. Almería 1966, págs. 71-91, ISBN84-8240-071-1.

"Jornada, horarios y descansos en la reforma del Estatuto de los Trabajadores", en "Reforma de la legislación laboral". Editorial: Junta de Andalucía–Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997, págs. 129-153. ISBN: 84-472-0320-4.

"Los despidos objetivos por las causas del art. 52, c) del Estatuto de los Trabajadores", en "Presente y futuro de la regulación del despido". Editorial: Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 55-108, ISBN: 84-8193-646-4.

"Principios constitucionales sobre la participación social: aplicación y desarrollo", en "Comentarios a la Constitución Española de 1978", vol. X. Editorial: EDERSA, 1998, págs. 87-121 (coautor con J. Vida Soria). ISBN: 84-7130-926-2.

"Diccionario Jurídico laboral", Editorial: Comares, Granada, 1999. Voces relativas a las materias comprendidas en los conceptos de "Conflicto Colectivo", "Huelga" y "Cierre Patronal", hasta un total de 38 referencias. ISBN: 87-8151-876-X.

"Inserción profesional y formación en el trabajo", en "La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos". Editorial: Comares, Granada, 1999, págs. 231-253. ISBN: 84-8151-817-4.

"El contrato de trabajo: Un cauce también para la formación profesional", en "Madera y mueble en formación". Editorial: Confemadera-Ceoeim), núm. 8, 1999, págs. 30 y 31.

"Prescripción de infracciones y faltas laborales", En "El Estatuto de los trabajadores. Veinte años después". Revista: Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, 2000, págs. 1217-1239.

"Los sujetos del proceso de ejecución laboral", en "Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral". Editorial: Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 485-497. ISBN, 84-8410-653-5.

"La protección social de los emigrantes", en "Inmigración y Relaciones Laborales". Editorial: Comares, Granada, 2001, págs. 355-357. ISBN: 84-600-9642-4.

"Contrato y Relación de Trabajo", en "Veinte años de Jurisprudencia Laboral y Social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales". Editorial: Tecnos, Madrid, 2001, págs. 172-263 (Coordinador y autor). ISBN: 84-309-3745-5.

"Dobles Escalas Salariales", en "Observatorio de la Negociación Colectiva". Editorial: CC.OO, Madrid, 2002, págs. 124-129 (coautor con M. T. Alameda Castillo). ISBN, 91-310-48-04.

"Contratación laboral y condiciones de trabajo", en "XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales". Editorial: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2002, págs. 253-335 (Coordinador y autor de la Ponencia). ISBN, 84-95118-63-7

"Extinción por circunstancias objetivas: falta de adaptación del trabajador; causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; insuficiencia presupuestaria. Control colectivo de los despidos objetivos", en "Extinción del Contrato de Trabajo". Editorial: Francis Lefebvre, Madrid, 2002, págs. 204-210; 210-221; 224-227; 244; 584; 594-595; 601-602. ISBN 84-95828-23-5.

"Contrato de Trabajo en Prácticas" y "Contrato para la Formación", en "Modalidades del Contrato de Trabajo". Editorial: Tecnos, Madrid, 2003, págs. 31-70. ISBN 84-309-3884-2.

"Participación de los trabajadores en la empresa (veinte años del modelo estatutario)", en "Veinte años de Relaciones Laborales en Andalucía". Editorial: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, págs. 198-217. También en "Monografías de Temas Laborales. Veinte años de Relaciones Laborales en Andalucía", págs. 183-199. ISBN, 84-688-6154-5.

"La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas", en "La Regulación del Trabajo en las Administraciones Públicas". Editorial: Principado de Asturias – Consejería de Industria y Empleo – Universidad de Oviedo, Oviedo, 2003, págs. 88-115. Depósito Legal: AS-4826/2003.

"Contratación laboral y condiciones de empleo", en "El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2000: Puntos Críticos (XXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales)". Editorial: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003), págs. 205-259 (director de la Ponencia). ISBN 84-95118-89-0.

"Constitución y Políticas migratorias: ¿Una Constitución de emigrantes para inmigrantes?", en "El modelo social en la Constitución Española de 1978". Editorial: Ministerio de Trabajo, Madrid, 2003, págs. 1397-1427 (coautor con S. Olarte Encabo), ISBN, 84-8417-142-6

"Nuevos contenidos del salario (dobles escalas salariales)", en "La negociación colectiva en España. Una visión cualitativa". Editorial: Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, págs. 379-409 (coautor con M. T. Alameda Castillo). ISBN 84-8456-024-4.

"Los Derechos Fundamentales Laborales en el Proyecto de Constitución Europea", en "La Constitución Europea y las Relaciones Laborales". Editorial: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004 (coordinador con C. Sáez Lara y autor de "Sistemática y definición de los derechos laborales en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, págs. 117-124, y "El Derecho Fundamental a la Formación Profesional en el Proyecto de Constitución Europea", págs. 201-208). ISBN: 84-96378-01,2.

"Competencias Informativas de los Comités de Empresa y Delegados de Personal", en "Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores". Editorial: La Ley, Madrid, 2004, págs. 119-145 (coautor con J. A. Cabrera Fernández). ISBN: 84-9725-556-9.

"Extinción por circunstancias objetivas: Falta de adaptación del trabajador; causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; insuficiencia presupuestaria. Control colectivo de los despidos objetivos. Procedimiento de reclamación", en "Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo" Editorial: Francis Lefebvre, Madrid, 2005, págs. 68-87, 91-94, 95-112 y 659-665, respectivamente. ISBN: 84-95828-94-4.

"Relaciones de trabajo y Políticas de Empleo de las personas con discapacidad", en "Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea". Editorial: Comares, Granada, 2006, págs. 295-357 (coautor con M. T. Alameda Castillo). ISBN: 84-9836-072-2.

"Relaciones Laborales y Administración Pública. Problemática de la Negociación Colectiva en los Entes Públicos Locales de Andalucía", en "La Negociación Colectiva en los Entes Públicos Locales de Andalucía", Editorial: Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, págs. 13-40 (también coordinador). ISBN 978-84-8333-394-5. Este trabajo obtuvo el Premio "Blas Infante de Estudio e Investigación sobre Administración y Gestión Pública" convocado por el Instituto Andaluz de Administración Pública (Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía) en su modalidad "A", edición de 2006.

"Extinción por circunstancias objetivas: Falta de adaptación del trabajador; causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; insuficiencia presupuestaria. Control colectivo de los despidos objetivos. Procedimiento de reclamación", en "Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo" Editorial: Francis Lefebvre, (Edic. Revisada, Madrid, 2009, págs. ISBN: 978-84-92612-16-1).

"Modalidades contractuales y política de empleo juvenil", en Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil: XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales / coord. por José Luis Monereo Pérez, 2014, ISBN 978-84-616-88425, págs. 221-271.

"Representación y representatividad de las organizaciones empresariales", en Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales: Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez / coord. por Jesús Cruz Villalón, María Remedios Menéndez Calvo, Magdalena Nogueira Guastavino, 2017, ISBN 978-84-16608-79-9, págs. 209-222.

ARTÍCULOS EN REVISTAS

"Concepto, Extinción del contrato de Trabajo y Cuestiones generales de la Seguridad Social en la Jurisprudencia Laboral (Reseña de Jurisprudencia Laboral, Año 1972)". Coautor con los Profs. J. Vida Soria y F. Pedrajas Pérez. Revista: Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos (Escuela Social de Granada), vol. II, 1973, págs. 257-311.

"Notas sobre la caracterización de los Servicios prestados por el Socio-empleado". Coautor con el Prof. Pedrajas Pérez. Revista: Revista de Trabajo, núm. 52, 1975, págs. 193-215.

"La evolución jurídica de las Relaciones de Aprendizaje". Revista: Revista de Política Social, núm. 120, 1978, págs. 71-155.

"Renuncia y Transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores". Revista: Revista de Política Social, núm. 127, 1980, págs. 55-77.

"Personal no sanitario al Servicio de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Obligación de realizar Guardias en domingo: condición más beneficiosa (Comentario a la S. TCT de 29 de marzo de 1979)". Revista: Jurisprudencia de Seguridad Social y Sanidad, vol. V., núm. 5, 1980, págs. 291-294.

"Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía (Vigencia de Preceptos de la Ley de Seguridad Social de 21 de Abril de 1966) (Comentario a la S. TS de 16 de Junio de 1980)". Revista: Jurisprudencia de Seguridad Social y Sanidad, vol. V, núm. 10, 1981, págs. 277-280.

"El derecho de reunión de los trabajadores en la empresa". Revista: Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 9, 1982, págs. 573-612.

"El Derecho de Reunión Laboral". Revista: Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos de la Escuela Social de Granada, vol. X-XI, 1981-1982, págs. 191-257.

"El nuevo régimen jurídico de los contratos de trabajo en prácticas y para la formación". Revista: Temas Laborales, núm. 2, 1985, págs. 32-54. (Este trabajo es reproducción del que aparece citado con el mismo título en Obras Colectivas de Carácter General, siendo requerida su publicación por el organismo financiador de ambas publicaciones. Un resumen del mismo, también a requerimiento de la editora, se publicó en la Revista Actualidad Laboral, núms. 19 y 20, 1985, págs. 969-974 y 1017-1024, respectivamente, sin más modificaciones que la síntesis de su contenido).

"Cuestiones constitucionales de la Ley Orgánica de Libertad Sindical". Revista: Revista de la Facultad de Derecho de Granada, núm. 6-7, 1985, págs. 205-215.

"Vigencia transitoria de las "Normas Complementarias" de la Ordenanza Laboral para la Industria Siderometalúrgica". Revista: Relaciones Laborales, núm. 10, 1989, págs. 110-117.

"Las peculiaridades de la Relación de Trabajo en el Sector Público". Revista: Actualidad Laboral, núms. 16 y 17, 1990, págs. 187-195 y 197-203, respectivamente.

"Representación unitaria y representación sindical en la empresa: evolución de sistemas". Revista: Relaciones Laborales, núm. 7, 1991, págs. 8-27.

"Acuerdos informales de empresa. Tipificación y eficacia jurídica. Valor frente a condiciones más beneficiosas". Revista: Relaciones Laborales, núm. 13, 1991, págs. 85-95.

"Los derechos colectivos en la negociación colectiva en las grandes empresas". Revista: Economía y Sociología del Trabajo, núm. 18, 1993, págs. 36-48.

"La reforma del contrato de trabajo en prácticas (RDL 18/1993 de 3 de Diciembre)". Revista: Actualidad Laboral, núms. 12 y 13, 1994, págs. 175-185 y 187-196, respectivamente.

"Igualdad de remuneración por razón de sexo y trabajo de igual valor en la Ley 11/94". Revista: Actualidad Laboral, núm. 31, 1994, págs. 495-509.

"Los modos de extinción del contrato de trabajo y la flexibilidad laboral". Revista: Temas Laborales, núm. 30, 1994, págs. 3-40.

"El tiempo de Trabajo en la normativa comunitaria". Revista: Documentación Laboral (ACARL), núm. 43, 1994, págs. 129-146.

"Aspectos de la reforma laboral en materia de contratación temporal". Revista: Temas Laborales, núm. 38, 1996, págs. 3-31.

"La ordenación del tiempo de trabajo en la reforma del Estatuto de los Trabajadores". Revista: Relaciones Laborales, núm. 8, 1996, págs. 12-35.

"Despidos colectivos e insolvencia del empresario". Revista: Actualidad Laboral, núm. 32, 1997, págs. 801-826.

"Cláusulas de contratación empleo en la negociación colectiva". Revista: Documentación laboral (ACARL), núm. 64, 2001, págs. 19-86.

"Nueva ordenación del contrato para el fomento de la contratación indefinida (de la política de empleo a la regulación estable)". Revista: Temas Laborales, núm. 61, 2001, págs. 49-87.

"Reforma del desempleo asistencial y agrario". Revista: Revista Social "Mes a Mes", núm. 84, 2003, págs. 38-42.

"La impugnación judicial de los laudos arbitrales laborales". Revista: Temas Laborales, núm. 70, 2003, págs. 345-375 (coautor con M. T. Alameda Castillo).

"Efectos laborales de la nueva Ley sobre restricciones y prohibiciones del consumo y venta del tabaco". Revista: Boletín Informativo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, núm. 3, 2006), págs. 2-3.

"Acuerdos para la reforma laboral en materia de contratos temporales contrato para la formación y contrato de inserción profesional". Revista: Boletín Informativo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, núm. 4, 2006, págs. 3 a 5.

"Nuevos criterios para la ordenación de la intermediación laboral", Revista de Derecho Social, n. 54, 2011, págs. 1 a 18, (coautora: Amparo Molina Martín).

La reforma continuada como técnica legislativa (nota sobre recientes disposiciones en materia de contratación laboral, fomento del empleo estable y cotización a la Seguridad Social), Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, ISSN-e 2255-1824, Nº. 6, 2014, 20 págs.

Nuevas tecnologías y derecho a la intimidad en el ámbito laboral, Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, ISSN-e 2255-1824, Nº. 13, 2016.

OTRAS PUBLICACIONES

Colaboración permanente en la Revista de Política Social desde el núm. 93 (Enero-Marzo 1972) al núm. 148 (Octubre-Diciembre 1985) Sección "Revista de Revistas": Italia "Rivista Italiana di Previdenza Sociale" y "Rivista di Diritto del Lavoro" (se omite aquí la relación de estudios recensionados, remitiendo la misma al contenido de dichos números, o fotocopia, en su caso, que se dispone de todos ellos).

Recensión a la obra: "Diálogos sobre la Empresa", Universidad de Santiago de Compostela (VV. AA.) 1972. Revista: Revista de Política Social, núm. 96, 1972, págs. 350-354.

Recensión a la obra García Abellán: "Derecho Sindical Español", S.I.P.S., 1972. Revista: Revista de Política Social, núm. 96, 1972, págs. 332-334.

Recensión a la obra Roger Gregoire: "L'education professionnelle", O.C.D.E., París 1967. Revista: Revista de Política Social, núm. 98, 1973, págs. 260-263.

"Reseña de Jurisprudencia Laboral del año 1973 (Fuentes del Derecho del Trabajo; Identificación y Dinámica del contrato de trabajo, Evolución de los Principios de la Seguridad Social (Reseña de Jurisprudencia Laboral, año 1973)". Coautor con los Profs. J. Vida Soria y F. Pedrajas Pérez. Revista: Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos (Escuela Social de Granada), vol. III, 1974, págs. 307-395.

Recensión a la obra: "Las empresas multinacionales y la Política Social". (OIT) Ginebra, 1973. Revista: Revista de Política Social, núm. 101, 1974, págs. 397-402 (aparecido también en Revista de Política Social, núm. 102, 1974, págs. 255-260).

Recensión a la obra "La Tutela de la Libertad Sindical. Las Competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en Materia Laboral", III Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Jerez 1985. Revista: Temas Laborales, núm. 7, 1986, págs. 177-182.

Coordinación y preparación de la publicación del libro "II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo". Editorial: Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1985. ISBN 84-7434-308-9.

Coordinación, preparación y prólogo del libro "VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales". Editorial: Consejería de Fomento y Trabajo de la Junta de Andalucía. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1991. Dep. Leg. SE-54-1991.

Prólogo a "III Jornadas sobre la Comunidad Europea". Editorial: Consejería de Trabajo de la Junta de Andalucía – Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995.

"Prólogo" a "El convenio colectivo por adhesión. Régimen jurídico-positivo". Editorial: Cívitas, Madrid, 1995, págs. 15-20 ISBN: 84-470-0547-X.

Prólogo a "El derecho a prestaciones de Seguridad Social". Editorial: Consejo Económico y Social, Madrid, 1997, págs. IX a XIII, ISBN: 84-8188-063-9.

Prólogo a "La relación laboral especial penitenciaria. Editorial: Comares, Granada, 2000, págs. XV-XX. ISBN: 84-8444-169-5.

Prólogo a "Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial (Conservación frente a liquidación de empresas en crisis)". Editorial: Consejo Económico y Social, Madrid, 2001, págs. 13-18. ISBN: 84-8188-151-1.

Prólogo a "Conservación de Empresas en Crisis y Contrato de Trabajo". Editorial: Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 17-19. ISBN 84-9767-055-8.

Prólogo al libro: "La Dimensión Jurídica de la Política de Empleo (el Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática)". Editorial: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2005, págs. 19-26. ISBN: 84-96378-08-X).

Prólogo a "Los Acuerdos Colectivos de Empresa. Naturaleza y Régimen Jurídico". Editorial: Comares, Granada, 2006, pág. XIII. ISBN: 84-9836-086-2.

"Políticas Laborales y de Protección social y Marco Competencial en el Nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía" (XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales). Coordinación y Prólogo, págs. 11-15. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2008, ISBN: 978-84-96378-48-3.

Prólogo al libro: "La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero" (Amparo Molina Martín), págs. 21 a 27, ISBN 978-84-9903-612-0, Madrid 2010.

Prólogo al Libro "Reformas Estructurales y Negociación Colectiva", (XXX Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales", coordinador, Francisco J. Prados de Reyes). Edita, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo), 2012; ISBN: 978-84-616-1880-0.

LA CONTRATACIÓN LABORAL EN EL MARCO DE LA FLEXIGURIDAD: LAS ORIENTACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Presidente Emérito del Tribunal Constitucional

SUMARIO:

1. LA "INVENCIÓN" DE LA FLEXIGURIDAD.
2. LA ASUNCIÓN DE LA POLÍTICA DE FLEXIGURIDAD EN LA COMUNIDAD EUROPEA.
3. FLEXIBILIDAD Y "MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO".
4. LA CRISIS ECONÓMICA Y LA "NUEVA FASE" DE LA FLEXIGURIDAD.
5. UN CAMBIO DE RUMBO.

1. LA "INVENCIÓN" DE LA FLEXIGURIDAD

El concepto de flexiguridad engloba "todas las tentativas contemporáneas que tratan de desarrollar la protección de los trabajadores en un contexto de menor protección del puesto de trabajo"[1]. Establece unas nuevas relaciones entre flexibilidad, seguridad y protección del empleo, sin sacrificar ni una ni otras. En palabras de la Comisión Europea "la flexiguridad puede definirse como una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral"[2]

Es sobradamente conocida la definición de Tangian, inspirada en Withagen y Troll[3], de la flexiguridad como una estrategia política que intenta, de una manera sincrónica y deliberada, impulsar la flexibilidad de los mercados laborales, la organización del trabajo y las relaciones laborales, por una parte, y mejorar la seguridad (la seguridad en el trabajo y la Seguridad Social) especialmente para grupos debilitados dentro y fuera del mercado laboral, por otro lado[4]. La flexiguridad no es pues un concepto jurídico, su base está en una coordinación de políticas económicas, sociales y de empleo que tienen impacto en las regulaciones jurídicas.

El origen de este concepto se encuentra en Holanda cuya Ley de Seguridad y Flexibilidad (Wet Flexibiliteit en Zekerheid) se propuso establecer un nuevo nexo entre flexibilidad y seguridad que facilitara una fuerza de trabajo más flexible estableciendo al mismo tiempo límites a una flexibilización "pasiva" en sólo perjuicio de los trabajadores y supuso un cambio de valores, de métodos y del papel respectivo de la ley y de la contratación colectiva[5].

Esa reforma legal suscitó un debate político y académico de dimensión internacional y dio lugar a la exitosa "invención" del término "flexicurity" por el sociólogo holandés Adriansens. Con ello se refería a una política que integrara

---

[1] BEVORT, A., LALLEMENT, M. y NICOLE-DRANCOURT, "Flexicurité. La protection de l'emploi en débat", *La documentation francaise*, París 2006.

[2] "Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad", COM(2007) 359 final

[3] "The Concept of Flexicurity: A new approach to regulating employment and labour markets", www. tilburguniveristy.nl/flexicurity

[4] "Flexibilidad europea (concepto, metodología y políticas)", *Revista de Relaciones Laborales LAM Larremanak,* 2008, 16, pág. 99 y ss.

[5] Ha favorecido la temporalidad del empleo, el pase de un empleo temporal a un empleo permanente, ha calificado de laborales los contratos con las agencias de trabajo temporal, y ha acortado y simplificado los períodos de preaviso, así como los procedimientos para despidos colectivos, reduciendo las prestaciones de desempleo en caso de que el empleador abone una indemnización en el despido colectivo. Por otro lado, se ha potenciado el trabajo a tiempo parcial, lo que ha facilitado el acceso masivo de la mujer al mercado de trabajo. Vid. WILTHAGEN, T. y HOUWERZIJL, M., "How does flexibility affect social cohesion?" en "Reconciling labour flexibility with social cohesion-Facing the challenge", Conseil of Europe 2005, pág 112 y ss.

la idea de flexibilidad, dominante en las propuestas de reformas laborales de los ochenta, con una garantía de mayor seguridad para los trabajadores afectados por la flexibilidad, mediante el aumento de los empleos atípicos y la reducción de la protección del despido, no una seguridad en el puesto de trabajo (cuya pérdida según él eran inevitables por las reestructuraciones de empresa) sino una seguridad en el (o de) empleo, facilitada por un sistema de seguridad social más flexible y por una política de empleo más proactiva, compensando la reducción de la seguridad del puesto de trabajo con el incremento de las oportunidades de empleo y la mejora de la protección social, reduciendo las consecuencias de la pérdida de un concreto empleo, y cambiando la actitud negativa de los trabajadores hacia la flexibilidad[6].

El nuevo término "flexisecurity" trataba de expresar sintéticamente ese nuevo equilibrio entre flexibilidad y seguridad, unas políticas y medidas de promoción de mayor flexibilidad combinadas con nuevas dosis de seguridad que redujeran los efectos perniciosos de la segmentación del mercado de trabajo y que contrarrestaran los efectos negativos sobre los afectados por la flexibilidad. Lo expresivo del término y lo seductor de su significado facilitó su acogimiento en el ámbito político y académico para referirse a una "tercera vía" superadora de los excesos de la creciente flexibilidad, desregulación y precariedad y los excesos de protección o rigidez, que no aseguraban la continuidad de empleos redundantes y que dificultaban la creación de empleo y el dinamismo empresarial. Frente a ambos, ahora se proponía introducir nuevos ajustes y compromisos en la protección del empleo que evitasen que una mayor flexibilidad, como desregulación, sacrificase la seguridad mediante un balance más equitativo y equilibrado que facilitase la movilidad en el mercado de trabajo y la adaptación a estilos de vida y modelos de familia más flexibles, con mayores interrupciones en las carreras profesionales[7].

Estas ideas ya habían sido defendidas por los estudios alemanes sobre los mercados de trabajo transicionales, que postulaban políticas centradas en las transiciones en el mercado de trabajo que asegurasen a la vez movilidad e igualdad de oportunidades, para que " el aumento de la flexibilidad en el mercado de trabajo no provoque la marginación permanente de nuevas minorías sociales", y ello mediante la creación de "puentes" que facilitasen las transiciones entre situaciones de empleo, mantuviesen la empleabilidad y salvaguardasen la protección social[8], y ampliarían las oportunidades de empleo, en mercados de

[6] Cfr. TANGIAN, A.S. "Liberal and tradeunionist concepts of flexicurity: modelling in application to 16 European countries, *WSI, Diskussionspapier*, nº, 131, pág 11

[7] KLAMMER, U. "Flexicurity in an life-course perspective", *Transfer*, 10, 2004, pág. 282 y ss.

[8] SCHMID, G. "El concepto de mercados de trabajo transicionales y algunas conclusiones para la política de empleo: el Estado de la cuestión", en TOHARIA, L. (ed.): *Los mercados de trabajo transicionales*, Madrid, 2006, pág. 17.

trabajo dinámicos. Ello requeriría desregulaciones y reregulaciones para dotar a los mercados de trabajo de mayor flexibilidad y de mayor seguridad, como vasos comunicantes[9].

Frente a la idea de mercados de trabajo transicionales, más radical y menos tranquilizadora, en 1998 WILTHAGEN propuso utilizar el concepto flexiguridad, que también indica que flexibilidad y seguridad no son alternativas excluyentes, pero que es más tranquilizador, "presentables" y aceptables por no limitarse a sugerir el facilitar transiciones en el mercado de trabajo sino también la supresión de barreras legales para crear nuevas formas de empleo para facilitar la mejora del rendimiento de las empresas. Según sus propias palabras, la flexiguridad sería un "concepto político y estratégico utilizable para inducir innovaciones jurídicas y políticas (también en el área de la negociación colectiva)"[10]. Una respuesta a los excesos de una flexibilidad "pura y dura" y a los desequilibrios producidos en los mercados de trabajo por el mantenimiento de zonas de legislación protectora del puesto de trabajo conviviendo con amplios espacios de liberación y desregulación en los mercados de trabajo que con el propósito de facilitar la creación de empleo había generado un alto grado de segmentación del mercado de trabajo y zonas crecientes de empleos desprotegidos y precarios, con insuficiente protección social.

El término y el concepto de flexiguridad fue más atractivo y más aceptado por gobiernos y partes sociales y sirvió para admitir políticas de promover flexibilidad combinada con seguridad en el empleo y de reducir la segmentación del mercado de trabajo haciéndolo más inclusivo y cohesivo. Esta idea de flexiguridad se ha insertado en el debate de la flexibilidad en las políticas económicas y laborales de los organismos económicos internacionales, tendentes a reducir la rigidez del mercado de trabajo para crear empleo al aceptar una regulación laboral inspirada en la idea de flexiguridad, que ha supuesto una corrección de las políticas desreguladoras.

Para ello se ha tenido en cuenta la experiencia holandesa y también y sobre todo la experiencia danesa, de matices y alcances diferentes cuando no contradictorios pero que comparten el objetivo común de mayor flexibilidad en el mercado de trabajo y mayor seguridad en el empleo. El término flexiguridad se elaboró inicialmente para caracterizar una concreta reforma legislativa de corte neoliberal, la holandesa, pero luego ha tomado como modelo de referencia un sistema jurídico de inspiración socialdemócrata, como el danés.

---

[9] Vid. MUFFELS, R. J. A y LUIJKX, R., "La movilidad laboral y las pautas de empleo en los Estados de bienestar europeos. ¿Existe la disyuntiva entre la flexibilidad o la seguridad o se refuerzan mutuamente?", en TOHARIA, L.: *Los mercados de trabajo transicionales*, cit., 125 y ss.

[10] "Flexicurity: A new paradigm for labour market policy research", Berlin, *WZB, Discusión Paper*, 1998

En la aceptación de la idea o, más bien, de la política de flexiguridad, hay elementos de elección política. Aun admitiendo la necesidad de afrontar el concepto, los estudios de la flexiguridad muestran enfoques muy distintos según la disciplina de que se parta e, incluso, según las perspectivas doctrinales que se adopten, pueden ser de corte "neoliberal", social demócrata, sindicalista o pro-labour.

Aunque procedente de las ciencias sociales, la sociología, la ciencia política y la economía, el término flexiguridad ha adquirido también relevancia jurídica, incita o provoca una determinada evolución del ordenamiento jurídico del trabajo y en los últimos años ha centrando los debates sobre las reformas de la legislación laboral. Desde el relativismo del concepto y su falta de precisión en términos jurídicos, cabe acercarse al concepto de flexiguridad tomando como punto de partida un elemento negativo, ser una respuesta o antídoto a los efectos negativos de la flexibilidad triunfante de los años ochenta. Negativamente, la flexiguridad se opone a la flexibilidad insegura (flex-insecure), a la seguridad inflexible (inflex-secure), y a la inflexibilidad insegura (inflex-insecure).

La búsqueda nada fácil de equilibrio entre flexibilidad y seguridad[11] se ha proyectado en los diversos ordenamientos en una perspectiva dinámica y a largo plazo, y no se ha limitado a mejorar la protección social del trabajo precario, a una "protección social para fuerzas de trabajo flexibles"[12]. Como contrapartida a la menor protección del puesto de trabajo, se trataría de una mayor seguridad del decurso profesional, se amplía la seguridad y la protección de los trabajadores atípicos, con políticas activas de mercado de trabajo que ofrezcan oportunidades de empleo y sistemas más flexibles de protección social que atiendan las necesidades de las personas que cambian de empleo o que dejan el mercado de trabajo temporalmente. Ello implica una regulación laboral legal y colectiva menos rígida que facilitara adaptabilidad en el mercado y en la organización del trabajo, mayores niveles de seguridad de estar y de progresar en el mercado de trabajo y con adecuada y fuerte protección social, en particular mediante políticas de empleo activas y activadoras.

La traducción de los objetivos de flexibilidad y seguridad y de la noción de cohesión social desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, permite una diversidad de opciones, tanto sobre los instrumentos a utilizar como a la determinación del suelo mínimo de derechos que requiere un trabajo digno y adecuado a la dimensión humana. El concepto mismo de flexiguridad implica elementos de

[11] Cfr. Valdés Dal-Re, F. "The Difficulty of Reconciling Flexibility and Security in Spain: the Paradigmatic Case of Part-time Work", *Transfer* 2004, pág. 248-262

[12] Kéller, B. Y Seifert, H. "Flexicurity an konzept für mehr soziale Sicherheit flexibler Beschaftigung", *WSI Mitteililungen*. 53, 5, pág. 201 y ss.

transacción y de equilibrio, que facilitan la original diversificación de métodos reguladores y de combinación de instrumentos de tutela jurídica y de protección social que caracterizan el Derecho del Trabajo[13]. Esas políticas de flexiguridad han sido asumidas por la Unión Europea.

2. LA ASUNCIÓN DE LA POLÍTICA DE FLEXIGURIDAD EN LA COMUNIDAD EUROPEA

Ya el Informe Delors, propuso un mejor funcionamiento del mercado de trabajo, con mayores dosis de movilidad y una mejor protección y seguridad de los trabajadores en ese mercado y en los itinerarios laborales, y proteger a los trabajadores no solo en el contrato de trabajo sino también en el mercado de trabajo, evitando "penalizar" a los trabajadores que sufren la flexibilidad, mediante rentas sustitutivas y políticas activas de empleo que garantizasen la continuidad de su ciudadanía social en las discontinuidades y transiciones profesionales[14].

La noción y la política de flexiguridad va a ser aceptada pronto en la Comunidad Europea y en el contexto de la llamada estrategia europea sobre el empleo creada por el Consejo Europeo de Luxemburgo en 1997, y en las orientaciones y directrices para el empleo ya en el año 2005 se incluye promover la flexibilidad combinada con la seguridad en el empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo, haciendo referencia también a la adaptación de la legislación sobre el empleo realizando, en su caso, las diferentes modalidades contractuales y las disposiciones relativas al mercado de trabajo. Se hablaba en 1998 de introducir contratos más adaptables para beneficiarse de una seguridad suficiente, aunque posteriormente se muestra ya la preocupación más que por el fomento del empleo atípico por reducir la segmentación del mercado de trabajo, introduciendo elementos de flexibilidad en el contrato de trabajo típico[15].

La idea de flexiguridad, aunque sin utilizar aún el término, referida a un mejor balance entre flexibilidad y seguridad, se había incluido desde un primer momento en la Estrategia Europea de Empleo y en los objetivos de modernización de los mercados de trabajo, al proponerse una mayor empleabilidad y adaptabilidad con reglas laborales más flexibles, adecuadas a un mercado cambiante, y

[13] Cfr. MOREAU, M.A.: "Developments in labour law, flexibility and social, cohesion: the search for new ways of encouraging restructuring and transition", en "Reconciling labour flexibility with social cohesion", Council of Europe, Forum 2005.

[14] "Cfr. ACCORNERO, A. "Different kinds of flexibility: reconciling different interests" en "Reconciling labour flexibility with social cohesion-Facing the challenge", cit., pág. 149.

[15] RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "La flexiguridad, una aproximación al Estado actual de una política comunitaria de empleo", *Actualidad Laboral*, 2009, núm. 20, pág. 2438 y ss. MORENO VIDA, N. "La flexiseguridad en la ordenación de las políticas de empleo", en *Trabajo, contrato y libertad: estudios jurídicos en memoria de Ignació Albiol*, 2010.

la aceptación de nuevas variedades contractuales para afrontar nuevas ocasiones de empleo. Desde la idea de adaptabilidad, las directrices de empleo invitaban a los interlocutores sociales a negociar acuerdos para lograr equilibrios adecuados entre flexibilidad y seguridad y a establecer un nuevo vínculo entre ambas, con vistas a acomodarse a los cambios económicos y a mejorar la competitividad de las empresas y la calidad del empleo, aceptando mayor flexibilidad pero introduciendo mayor seguridad.

Según esas directrices, deberían revisarse los elementos restrictivos de la legislación laboral que impidan el dinamismo del mercado de trabajo y que dificulten el acceso a él de grupos desfavorecidos, promover una mayor diversidad de contratos y conciertos laborales, aplicar políticas activas de empleo y formación profesional y favorecer un mejor equilibrio entre trabajo y vida privada, en suma, lograr un mejor balance entre flexibilidad y seguridad. En esa línea insistirá el importante Consejo Extraordinario de Lisboa de marzo de 2000 que planteó como nuevo objetivo de la Unión en el nuevo decenio una nueva estrategia económica y de empleo, con vistas a conseguir una economía europea competitiva basada en el conocimiento, con un crecimiento económico sostenible, con elevadas tasas de ocupación, con nuevos y mejores puestos de trabajo y con integración y cohesión social.

Esos objetivos habrían de conseguirse mediante políticas activas sociales y de empleo, que mejorasen la ocupabilidad, eliminasen obstáculos para el acceso al mercado de trabajo, y que incrementasen la flexibilidad, también en las modalidades contractuales, utilizando las políticas sociales y de empleo con vistas a conseguir un mercado de trabajo inclusivo y cohesivo, con más empleos, más flexibles y de más calidad, y superando toda alternativa excluyente entre flexibilidad y seguridad.

A partir de ese momento, y para asegurar el logro de los objetivos de Lisboa, en los sucesivos objetivos y planes de empleo se ha propuesto una nueva relación entre flexibilidad y seguridad. Las sucesivas Directrices de Empleo aceptan la idea de establecer un balance adecuado entre flexibilidad y seguridad para apoyar la competitividad de las empresas, incrementar la calidad y la productividad del trabajo y facilitar la adaptación de empresas y trabajadores a los cambios económicos, y han incluido como medio para conseguir la mejora de la calidad del trabajo promover la adaptabilidad y la movilidad en el mercado de trabajo, teniendo en cuenta ambas la necesidad de acompasar flexibilidad y seguridad. Se ha estimado como requisito necesario para la creación de más y mejores empleos en los Estados de la Unión, para asegurar la adaptabilidad de las empresas y los trabajadores a las cambiantes condiciones de trabajo, conseguir simultáneamente flexibilidad y seguridad, ser más flexible para responder a las fluctuaciones en la demanda de bienes y servicios y asegurar una adecuada calidad de trabajo a tra-

vés de formación y reciclaje, garantizando a los trabajadores si no una seguridad de mantenimiento en el mismo puesto de trabajo sí una seguridad de acceso a puestos de trabajo decentes.

Se acepta así la idea de que flexibilidad y seguridad no son conceptos incompatibles que pueden considerarse como dos caras de la misma moneda y precondiciones mutuas de una y otra, o sea, la idea de flexiguridad. Este enfoque de flexiguridad se reflejaba en las Directrices de Empleo 2005-2008 (Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005, 2005/600/CE que se refieren a promover un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida, a asegurar unos mercados de trabajo inclusivos, a aumentar el atractivo del trabajo, a mejorar la formación y adaptarla a las necesidades del mercado de trabajo, y, sobre todo, a "promover la flexibilidad combinada con la seguridad del empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo" [16].

El Consejo Europeo ha asumido oficialmente este concepto de flexiguridad en el Consejo de primavera de 2006, en el que ha invitado a los Estados a que, en función de la situación respectiva del mercado nacional, reformaran sus políticas sociales y de mercado de trabajo "adoptando un planteamiento integrado de flexiseguridad adecuado a los entornos instituciones específicos y teniendo en cuenta la segmentación de los mercados de trabajo", y anunciaba, además, que la Comisión, en conjunción con los Estados miembros y los interlocutores sociales, estudiarán la posibilidad de establecer un conjunto de principios comunes sobre flexiguridad.

En el Informe de la situación anual del empleo 2006, la Comisión había determinado cuatro componentes básicos de las líneas y directrices de la estrategia para el crecimiento y el empleo: modalidades de trabajo flexibles, autorizadas por legislaciones laborales "modernas y una reducción de la segmentación del mercado de trabajo y el trabajo no declarado; políticas activas en el mercado de trabajo que ayuden eficazmente a los trabajadores a enfrentarse a cambios rápidos, a períodos de desempleos y a transiciones hacia nuevos empleos; sistemas fiables y

[16] En este contexto, se encomienda la elaboración del llamado Informe KOK (Vid. "Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe", Report of the Employment Taskforce chaired by Wim Kok, Bruselas, 2003), que ha integrado muchas de las nociones propias de la flexiguridad utilizando abiertamente el término. Según este Informe, se trataría de revisar y de reajustar el nivel de flexibilidad en los contratos standard, de introducir formas contractuales que respondan a las necesidades efectivas de empleadores y trabajadores, de remover obstáculos a las agencias de trabajo temporal, de permitir la modernización de la organización del trabajo, de hacer más atractivo el trabajo a tiempo parcial, de adaptar los sistemas de protección social para apoyar la movilidad de los trabajadores y de crear nuevas formas de seguridad que no se centren en proteger a los trabajadores en el mismo empleo durante toda la vida, sino en proteger "la habilidad de la gente para permanecer y progresar en el mercado de trabajo". El instrumento fundamental que se propone para todo ello es aceptar políticas de flexiguridad.

adaptables de formación y de educación a lo largo de la toda la vida para garantizar la capacidad de adaptación y empleabilidad de los trabajadores y sistemas modernos de Seguridad Social que combinen la movilidad en el mercado de trabajo y ayudas apropiadas, sin restricciones a la movilidad de los trabajadores[17].

En la Cumbre de primavera del 8 y 9 de marzo de 2007 el Consejo Europeo había insistido en la necesidad de introducir reformas del mercado de trabajo para hacer el trabajo atrayente, mejorar la flexibilidad y la seguridad y ampliar la movilidad de la mano de obra y afirmó que el debate relativo a la comunicación de la Comisión sobre flexiguridad, debería ser decisivo en la preparación de una serie de vías de flexiguridad para encontrar la combinación adecuada de políticas que se adapten a las necesidades del mercado laboral, que incluyan una mayor participación en dicho mercado".

La anunciada Comunicación de la Comisión, Principios comunes de flexiguridad, se publicó el 27 de junio de 2007, con el subtítulo "Más y mejores empleos por medio de flexibilidad y seguridad". Aparte de incluir una lista de indicadores relevantes sobre flexiguridad y unos ejemplos concretos de flexiguridad (entre los que se incluye, por cierto, las medidas españolas de reducción del trabajo temporal), y de diseñar unos itinerarios para el logro de flexiguridad, la Comunicación insiste en la posibilidad de introducir más flexibilidad en los mercados de trabajo europeos sin sacrificar la seguridad en el empleo, mediante un enfoque de flexiguridad con mayor flexibilidad en las modalidades contractuales y asegurando a los trabajadores permanecer en el trabajo o encontrar otro trabajo rápidamente contando con una renta adecuada en la fase de transición, de modo que la flexibilidad y la seguridad se consoliden la una a la otra.

La Comunicación define a la flexibilidad como una estrategia integrada, señala los componentes ya anteriormente afirmados (modalidades contractuales flexibles y confiables, estrategias de formación comprensivas a lo largo de la vida para asegurar la adaptabilidad y empleabilidad de los trabajadores, políticas activas de mercado de trabajo efectivas y sistemas modernos de Seguridad Social que provean de prestaciones adecuadas, animen el empleo y faciliten la movilidad del mercado de trabajo), analiza como estos componentes deben funcionar de modo coordinado y cuál es el papel que debe tener el diálogo social a este respecto, para, finalmente, desarrollar unos principios comunes sobre flexibilidad[18].

---

[17]Vid. Un análisis detenido del mismo en Nunziata, L. "Employment in Europe and the Concept of `Flexicurity': Some Notes", Discusion Paper para la Conferencia sobre Employment in Europe 2006 Report, iBruselas, 10 de Noviembre de 2006.

[18] Reforzar la estrategia de la Unión Europea para el crecimiento y el empleo y consolidar los modelos sociales europeos por medio de los componentes de la flexibilidad; establecer un equilibrio adecuado entre derecho y responsabilidades; adaptar la flexibilidad a las circunstancias específicas de cada Estado miembro, rechazando un único modelo o política; reducir la división

En este enfoque integral e integrado de la flexiguridad las reformas laborales tienen menos protagonismo que otras referidas a las políticas de mercado de trabajo, a la formación permanente y a la modernización de los Sistemas de Seguridad Social. Cuando se refiere a las reformas laborales la flexiguridad trata de reducir desigualdades y situaciones de exclusión social sin suprimir dosis de flexibilidad, para reducir la segmentación del mercado de trabajo, facilitar las transiciones entre situaciones laborales y permitir a las empresas a responder de forma más flexible a las necesidades de una economía cambiante. Ello implica una crítica de la protección estricta del puesto de trabajo del trabajador fijo y de la débil protección en el contrato, en el mercado y en la Seguridad Social de los trabajadores temporales o precarios, considerados indispensables en las nuevas formas de organización productiva y no sólo como una respuesta elusiva frente a la estabilidad contractual.

3. FLEXIBILIDAD Y "MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO"

En este contexto se inserta el Libro Verde de la Comisión "Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI", COM (2006) 708 final, que trató de promover un debate sobre cómo transformar los Derechos del trabajo nacionales para crecer de manera sostenible con más y mejores empleos, mediante la puesta en práctica de una política de flexiguridad a través de "reformas modernizadoras" de los Derechos del trabajo. El Libro Verde ha criticado tanto la regulación laboral tradicional basada en la seguridad del empleo fijo como las reformas realizadas para aumentar la flexibilidad contractual con empleos precarios que han producido una creciente segmentación del mercado de trabajo[19].

El Libro Verde ha criticado severamente la "flexibilidad en los márgenes", y parece hacer responsable de ella a la estabilidad de los contratos "clásicos" que favorecería la segmentación de los mercados de trabajo e incidiría negativamente en la productividad. Ha cuestionado la desigual distribución de flexibilidad y seguridad en los "insiders" y "outsiders" del mercado de trabajo que o la relaciona

---

entre los trabajadores estables y los atípicos, también facilitando a éstos el acceso a trabajo estable; desarrollar una flexiguridad externa e interna ayudando a los trabajadores tanto a su progreso en el empleo como a progresar de un empleo a otro, sin que la protección social inhiba sino apoye la movilidad; apoyar la igualdad entre hombres y mujeres y favorecer la igualdad para todos; definir un conjunto equilibrado de políticas que cree un clima de confianza entre las partes sociales y los poderes públicos, y garantizar un reparto equitativo de costes y beneficios de las políticas de flexiguridad y la participación en políticas financieras sanas y financieramente viables.

[19] El Libro Verde, sin embargo, no se ha centrado en temas relativos a la seguridad en el mercado, ni defiende la consagración de nuevos derechos, de una protección social más universalista, de un apoyo a las trayectorias sociales discontinuas, ni adecuar los sistemas de protección social a las transformaciones del mercado de trabajo y, en especial, a la precarización del empleo.

con la baja movilidad del empleo y con el hecho de que la protección social esté vinculada al contrato estable, asimetría que habría de corregirse haciendo "más atractivo" para los empresarios el contrato estable, acercando su régimen jurídico a los temporales.

Según el documento, la rigidez de los contratos clásicos estables no facilita la contratación ni el mantenimiento ni la progresión en el mercado de trabajo, reduce el dinamismo del mercado de trabajo y agrava las perspectivas de empleo para las mujeres, los jóvenes y los trabajadores de edad avanzada. Por ello, sugiere a los Estados miembros que "evalúen y, si procede, revisen el grado de flexibilidad previsto en los contratos clásicos en lo relativo a los plazos de preaviso, los costes y procedimientos de despido individual o colectivo, o la definición de despido improcedente" y, al mismo tiempo, postula mayor souplesse de los contratos temporales para asegurar una mayor capacidad de respuesta de los mercados de trabajo europeos y ayudar a las empresas a responder de forma más flexible a las necesidades de una economía dinámica basada en la innovación. Incluso llega a afirmar, en relación con la legislación sobre protección del empleo, que los trabajadores se sienten más protegidos por un sistema de ayuda al desempleo que por la protección legal del empleo. Para la Comisión, un buen sistema de subsidio de desempleo, unido a políticas activas del mercado de trabajo, podría ser una mayor garantía frente a los riesgos que presenta el actual mercado de trabajo.

El Libro Verde defiende un mayor margen de libertad de despido, un posible reajuste de sus causas y de los instrumentos de control para facilitar una gestión eficaz de las empresas, aunque sin abandonar el trabajo estable como el modelo estándar de contratación del trabajo[20]. Pero ha dejado fuera de toda consideración los temas del Derecho colectivo del Trabajo y se refiere sólo al plano individual, tratando de canalizar e inducir la flexibilidad a través de reformas legislativas (aún sin desconocer el papel de la negociación colectiva no le da protagonismo alguno), y poniendo énfasis no tanto en la flexibilidad funcional, interna o de tiempo de trabajo como, y sobre todo, en la llamada flexibilidad numérica en el mercado de trabajo externo[21].

---

[20] De ahí las siguientes preguntas: 4.- ¿Cómo se puede facilitar la contratación mediante contratos de duración indeterminada y determinada, bien por medios legislativos o convenios colectivos, para incrementar la flexibilidad de estos contratos y garantizar a la vez un nivel suficiente de seguridad de empleo y de protección social?; 5. ¿Merecería la pena contemplar una combinación entre una relajación de la legislación de protección del empleo y una asistencia adecuada a los desempleados, en forma de compensaciones por pérdida de ingresos (políticas pasivas del mercado de trabajo) y también mediante políticas activas del mercado de trabajo?.

[21] Según GHERA, el Libro Verde se inspira en una filosofía que privilegia la movilidad respecto a la estabilidad del trabajador y propone iniciar una liberalización del despido para favorecer lo más posible la transición del trabajo standard al trabajo no standard y aunque critica la afirmación de que el exceso de protección del trabajo estable sea la causa principal de la segmentación del mercado de trabajo reconoce que "una moderada reducción de los vínculos al poder de despido pueda

Una regulación adecuada del despido en un momento de mayor movilidad y necesidad de adaptabilidad de las empresas, permitir*á* al empresario poder liberarse del vínculo contractual, sin desconocer el daño "lícito" que puede generar en el trabajador la pérdida de empleo, que puede reducirse y compensarse a través de vías diversas.

El documento considera inaceptable y disfuncional, tanto desde el punto de vista económico como social, la flexibilidad-precariedad y tiene en cuenta que aún se mantiene un alto grado de empleo permanente, de relaciones de empleo durables y duraderas necesarias para incrementar la productividad y la motivación de los trabajadores y mejorar el capital humano, pero, al mismo tiempo, reconoce que, sea cual sea el tipo de contrato de trabajo, la movilidad del trabajo es un dato a tener en cuenta y que puede ser mayor garantía que el asegurar una continuidad del contrato de trabajo incompatible frente a las necesidades reales de los mercados, el garantizar el acceso a una formación profesional y a coberturas sociales y medidas de reactivación que aseguren un acceso en el mercado a un trabajo seguro y cierto, no limitando la protección jurídica del trabajador a la fase de trabajo activo, sino también a los períodos en que la persona se encuentra sin empleo.

El Libro Verde plantea la cuestión de cómo puede contribuir el Derecho el Trabajo a fomentar una flexibilidad acompañada de seguridad del empleo, con independencia de la forma de contrato, a aumentar el empleo y a reducir el desempleo y de cómo los distintos tipos de relaciones contractuales y derechos aplicables a todos los trabajadores podrían favorecer la creación de empleo y ayudar a los trabajadores los "integrados" y los "periféricos" realizar con éxito las transiciones entre situaciones laborales, con políticas formativas y activas de empleo y normas de seguridad social más flexibles para favorecer el cambio de empleo, fomentando el aprendizaje permanente y desarrollando la creatividad del conjunto de la mano de obra, facilitando el acceso al mercado de trabajo a personas y grupos que permanecen fuera de él.

Se trataría de establecer un marco regulador que reforzase la capacidad de los trabajadores de anticipar y de gestionar los cambios, con independencia de su tipo de contrato, mediante reformas del Derecho del Trabajo, de la política de empleo y de los sistemas de protección social que contribuyan a la mejora de la flexibilidad, de la seguridad de empleo y a la reducción de la segmentación del mercado de trabajo, sin frenar a las empresas en sus esfuerzos por incrementar la productividad y adaptarse a las nuevas tecnologías, incrementando la flexibilidad interna de los contratos estables y garantizando un nivel suficiente de seguridad en el empleo y la mejora de la protección social, aunque respetando los derechos

---

ser útil para facilitar el empleo a tiempo indeterminado" ("Alcune osservazione sul libro verde", pág. 4 del ejemplar mecanografiado).

fundamentales de la persona, los valores y principios del Derecho del Trabajo, que encuentran reflejo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ser compatibles con mayores dosis de flexibilidad que no creen situaciones de inseguridad, de exclusión social y de vulnerabilidad económica.

El Libro Verde abrió un debate en el ámbito político y de relaciones laborales y también en el ámbito académico. La doctrina acogió con críticas y reservas las ideas y las propuestas incluidas en el documento, señaló sus ambigüedades y sus desequilibrios, especialmente la existencia en la facilitación de los despidos y de nuevas modalidades contractuales. Como señalara TREU, su propuesta de flexiguridad implicaría un papel más reducido de la legislación laboral y un nuevo enfoque del Derecho del trabajo más selectivo en sus prioridades, menos protector y más proactivo, menos exclusivo, más entrelazado con políticas sociales y más conectado con las instituciones sociales y del mercado de trabajo, que tuviera en cuenta la posición del trabajador no sólo en el lugar de trabajo sino en el mercado de trabajo y que tratara de proteger menos el status quo que el acceso de todos a empleos de calidad y al desarrollo personal[22], impidiendo que mayores dosis de flexibilidad crearan situaciones de inseguridad, de exclusión social o de vulnerabilidad económica.

4. LA CRISIS ECONÓMICA Y LA "NUEVA FASE" DE LA FLEXIGURIDAD

Todas estas propuestas de flexiguridad, también las incluidas en el Libro Verde, se van a enfrentar pronto con una situación creciente e intensa de crisis económica y de empleo. De ello había sido consciente el Consejo de la Unión Europea, que el 8 de junio de 2009 aprobó unas conclusiones sobre la "Flexiguridad en tiempo de crisis", en esas conclusiones se refiere a los principios comunes de flexiguridad adoptados por el Consejo dos años antes, a que el enfoque de la flexiguridad estaba en línea con los elementos centrales de la estrategia de la Unión para el crecimiento y el empleo y era un medio para reforzar la implementación de la estrategia de Lisboa, y afirma que la flexiguridad es incluso más importante y adecuada en el contexto actual de dificultades económicas, con crecimiento de desempleo, pobreza y segmentación, siendo por ello un instrumento para enfrentarse a los efectos en el empleo y en el impacto social de la crisis y para prepararse para la mejora de la economía.

[22] "New forms of labour flexibility: how should labour law envolve", "Reconciling labour flexibility with social cohesion", Council of Europe, Forum 2005.

El documento reconoce que a corto plazo se incrementará el desempleo y se agravará la situación social, planteando problemas serios que requerirán medidas sociales y de empleo. Dentro de esas medidas para enfrentarse con el impacto de la crisis global, entiende deben incluirse la aplicación de los principios de flexiguridad, entre ellos mantener el empleo en lo posible, por ejemplo apoyando a las empresas que ofrezcan alternativas al despido como modelo de trabajo flexible y ajuste temporal del tiempo de trabajo, y otras formas de flexibilidad interna dentro de las empresas, como acciones que apoyen la empleabilidad, dirijan a la gente a nuevos empleos, preferiblemente dentro de la empresa, evitando medidas para proteger empleos insostenibles.

En su conclusión el Consejo reafirma que la flexiguridad es el instrumento más importante y adecuado en el contexto de la crisis, aunque en las conclusiones se incluyen ajustes significativos en la política de flexiguridad, relativas al coste del trabajo, a las políticas activas, a la protección frente al desempleo, a la mejora del capital humano y a promover transiciones seguras. Para el Consejo, todos los elementos y pilares de la flexiguridad deben enfocarse a introducir la segmentación y mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, mejorar la calidad de la vida del trabajo y el incremento de la productividad[23].

La evolución de la crisis económica y la aparición de la crisis financiera ha tenido un impacto mucho más profundo en el empleo de lo que parecía reflejar el documento del Consejo y ha puesto en duda "la posibilidad de garantizar el equilibrio prometido entre la flexibilidad de las relaciones de trabajo introducidas en muchas legislaciones nacionales y la seguridad del empleo, sino del puesto de trabajo… y ha puesto en discusión las propias bases de la estrategia de flexiguridad presentes en las experiencias originarias del centro-norte de Europa"[24].

En efecto, la crisis, sobre todo en algunos países, ha elevado significativamente las tasas de desempleo, con especial incidencia en los jóvenes, y ha hecho no difícil sino, incluso, imposible la reintegración de los trabajadores que han perdido su empleo o no han llegado a obtenerlo en nuevos empleos o, en su caso, la aceptación de empleos precarios y de baja calidad. Al mismo tiempo, la crisis fiscal ha impedido asegurar una mayor cobertura de estas situaciones e, incluso, ha reducido la existente. Por otro lado, la crisis ha debilitado significativamente el poder y el papel de los sindicatos en el diálogo social y en la negociación colectiva, convertida en muchas ocasiones en un instrumento de la gestión empresarial.

---

[23] Vid. AUER, P. "La flexicurity nel tempo della crisis", en *DRI*, núm. 1/XXI, 2011, pág. 37 y ss.

[24] TREU, T. "Flexicurity e oltre", *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, INT-135/2017, pág. 4.

Además, la crisis ha coincidido con cambios en las formas de trabajo impuestos por la globalización y las nuevas tecnologías. Experiencias como las empresas en red, la llamada gig economy, los trabajadores en un mundo de empleo parcial continuo, etc. han hecho que, como la OIT ha puesto de relieve, el incremento de formas de empleo no estable devenga un elemento estructural del mercado de trabajo que ya no puede imputarse a la mayor o menor rigidez de la protección del empleo.

Se ha hablado de una nueva fase de la flexiguridad[25] frente a un nuevo panorama en el que las trayectorias laborales a lo largo de la vida serán frecuentemente discontinuas y en el que la posible seguridad en el mercado se reflejará en una combinación y sucesión de contratos y diversos tipos de contratos o situaciones, lo que posiblemente requerirá no tanto una renuncia a las políticas de flexiguridad sino a una remisión o corrección de estas políticas, más abiertas y menos estables, orientadas no solo respecto a las políticas de empleo sino también a políticas económicas que favorezcan a la vez el desarrollo económico y el empleo, como pretende la Estrategia Europa 2020.

La nueva fase de flexiguridad vendría caracterizada por poner el acento no tanto en la liberalización de los despidos sino en medidas de flexibilidad interna alternativas al despido, a lo que, no con mucho éxito, han respondido algunas de nuestras reformas laborales más recientes, tanto la Ley 35/2010 como la Ley 3/2012[26].

Sin embargo, existe un evidente contraste entre las políticas económicas y de empleo oficialmente declaradas por las instituciones europeas y las prácticas de austeridad que se imponen severamente a los Estados, prácticas que impiden en la realidad la adopción de medidas de seguridad en el mercado de trabajo y el desarrollo de políticas activas.

En muchos países, también en España, los altos niveles de desempleo, de desigualdad y precariedad en el mercado de trabajo son en buena parte resultado de medidas legales que aun pretendiendo evitar esos efectos han liberalizado los mercados de trabajo sin medidas de acompañamiento para los afectados por esa liberalización, y ello también porque las reformas laborales se han acompañado de severas políticas económicas y fiscales de reducción del gasto público.

---

[25] Eurofound, The second phase of flexicurity and analysis of practices and policies in the member states, Luxemburgo, 2012.

[26] Vid. Valdés Dal-Ré, F. "Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", *RL*, núm. 19, octubre 2012, pág. 1, tomo II.

El desfase entre las políticas europeas oficiales de flexiguridad y las políticas económicas, fiscales y de empleo que se imponen a los Estados miembros es evidente y está poniendo en peligro no solo el bienestar y la cohesión social sino la propia cohesión social[27]. Ese desfase ya se refleja en las propias directivas "sociales" de la Unión Europea, que no han asumido, también por razones del momento histórico, la idea de flexiguridad, con algunas excepciones precisamente aquellas en las que la directiva ha aplicado acuerdos marcos, como el trabajo a tiempo parcial, sobre el trabajo de duración determinada, sobre las empresas de trabajo temporal y el permiso parental[28].

Sin embargo, el problema más inquietante para el futuro de la flexiguridad es el llamado "entorno condicionante", en particular la globalización económica, ideológica y cultural, que ha dado lugar a una globalización "política" donde ciertas organizaciones internacionales contribuyen a la elaboración de políticas estatales, con un ropaje técnico que no oculta una visión política, así ocurre con el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial que condicionan ayudas a la adopción de medidas internas, entre otras de carácter laboral de signo flexibilizador o desregulador[29]. En el caso europeo ello se ha producido a través de la troika, que ha impuesto a determinados países políticas laborales, sociales y de empleo que han generado reformas laborales muy alejadas de los principios propios de la flexiguridad.

No deja de ser significativo que en el asunto AGET Iraklis, (C-201/15) el Abogado General Wahl, al examinar límites a la protección del despido con vistas a respetar la libertad de empresa, haya utilizado como argumento la condición establecida para Grecia en el Mecanismo Propio Europeo de Estabilidad de revisar rigurosamente y modernizar "el despido colectivo, de acuerdo con el calendario y enfoque acordado con las Instituciones", y de ajustar las políticas del mercado laboral no regresando a "planteamientos políticos pasados incompatibles con el objetivo de promover un crecimiento sostenible integrador", añadiendo por su cuenta que se protegería mejor al empleo y a los trabajadores liberalizando los despidos, pues la restricción de los despidos no mejoraría los niveles de empleo y estarían mejor protegidos los trabajadores en un entorno económico que no mantuviese artificialmente relaciones laborales. Ese mismo Abogado General no ha dado relevancia alguna a la pretensión frente al despido en la Carta de Derechos Fundamentales, ni mucho menos ha tenido en consideración las políticas oficiales

---

[27] MIGUÉLEZ LOBO, F. "Flexiseguridad, bienestar y cohesión social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra. 1, 2007, pág. 145 y ss.

[28] MARTÍNEZ ABASCAL, V.A. "La flexiguridad en el marco del Derecho de la Unión Europea", Ponencia al XXVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, epígrafe 3.1.

[29] MARTÍNEZ ABASCAL, V.A. "La flexiguridad en el marco del Derecho de la Unión Europea", cit. epígrafe 4.1.4

de flexiguridad, al menos para referirse como alternativa al régimen griego de autorización de los despidos colectivos.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016 en el asunto AGET Iraklis no ha asumido esa posición política del Abogado General, pero ha declarado la incompatibilidad con la Directiva 98/59/CE, sobre despidos colectivos, con la libertad de establecimiento del art. 49 TFUE y con la libertad de empresa reconocida en el art. 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de la legislación griega que exige autorización administrativa para los despidos colectivos, realizando un balance de los derechos que no toma en cuenta la protección ante el despido injustificado que la propia Carta reconoce.

Sigue con ello la línea sentada en el llamado cuarteto Laval de primacía de las libertades económicas sobre los derechos sociales, que formalmente se reconoce en el mismo nivel en la propia Carta, de modo que el contenido social de la Carta "queda supeditado a los principios y políticas económicas que han impulsado el proceso de integración y no a la inversa"[30]. Este supeditarse a los principios y políticas económicas incluye también las políticas actuales de disciplina fiscal, de reducción del gasto público en materia social y de liberalización de los mercados de trabajo.

Por ello, aunque el discurso de la Unión Europea propone y fomenta medidas de flexiguridad, en su desarrollo el conjunto de sus recomendaciones se limitan al espectro de una mayor liberalización del mercado de trabajo, lo que supone una mayor flexibilidad traducida en una mayor precarización del puesto de trabajo, puesto que no se potencian en realidad las anunciadas medidas de protección y políticas de seguridad en el mercado[31].

5. UN CAMBIO DE RUMBO

El relativo fracaso de la puesta en práctica de las políticas de flexiguridad que se refleja en que tras el paso de las fases agudas de la crisis no nos hayamos encontrado con mercados que ofrezcan a la vez flexibilidad y seguridad, que no se haya reducido la segmentación del mercado de trabajo sino al contrario, que haya crecido el número y porcentaje de trabajadores pobres o en situación de vulnerabilidad y ampliado el número de personas con riesgo de exclusión social o en

[30] Pedrol, X. "Derechos sociales y Unión Europea. Historia de un desencuentro", en "Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis", Observatorio DESC, diciembre de 2009, pág. 48.

[31] De Pedro, T.V. y Cruz Serrano, Y. "La flexiguridad: de Dinamarca a España", http://fes-sociologia.com/files/congress/11/papers/1126.pdf, pág. 21

situaciones de vulnerabilidad, ha supuesto un reto para las autoridades europeas y nacionales y la generalización de un desencanto o desapego de la ciudadanía hacia la propia Unión Europea.

Ello ha obligado a las autoridades europeas a plantearse la necesidad de reorientar sus políticas y tener seriamente en cuenta la dimensión y la convergencia social en la Unión Europea, un cambio de rumbo en la orientación de las políticas laborales y en el desarrollo de mercados de trabajo flexiseguros. Una muestra de esta necesidad se ha reflejado en la propuesta del establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales. El Libro Blanco de la Comisión sobre el futuro de Europa se refiere a la dimensión social de Europa[32] y pretende abrir un debate al respecto.

Poco después, en la Declaración de Roma de 25 de marzo de 2017, con motivo del sexagésimo aniversario de Europa, se afirmó el propósito de la Unión de que los ciudadanos tengan nuevas oportunidades de desarrollo cultural y social y de crecimiento económico, y una aspiración social común hacia el futuro en impulso de políticas más eficaces y de situaciones sociales más equitativas para adaptar nuestros modelos sociales a los retos actuales y futuros y galvanizar el espíritu social de Europa, prometiendo trabajar una Europa social basada en el crecimiento sostenible y que promueva el progreso económico y social, que luche contra el desempleo, la discriminación, la exclusión social y la pobreza.

Más tarde la Comisión ha elaborado un documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa[33] tendente a que la expresión Europa social no sea un término vacío y la Unión Europea una correa de transmisión de intereses comerciales y una amenaza de dumping social. El documento defiende la dimensión social de la Unión, describiendo la situación actual de los países, los cambios en la población, en el modo de vida, en la diversidad de la sociedad y en el mundo del trabajo, y la existencia de nuevos riesgos sociales que hace necesario modernizar los sistemas del bienestar y de aprendizaje a lo largo de la vida. Para responder a esos problemas se dibujan cinco escenarios y se reconocen las distintas opciones para el futuro social de Europea, limitar la dimensión social a la libre circulación, hacer más en el ámbito social o profundizar en la dimensión social conjuntamente, cuyas ventajas se destacan, concluyendo que se trata no solo de un problema de justicia y de cohesión social sino también de un imperativo económico para lograr una sociedad próspera y eficiente y un requisito de orden político, pues el establecimiento de un clima de confianza resulta fundamental para el progreso, la modernización y la apertura al cambio. Se trata de un documento de reflexión para sentar un debate sobre estos temas y sobre el papel de los instrumentos de la Unión Europea en ese esfuerzo, un debate que debería tener en cuenta que las

[32] COM(2017) 20-25 de 1 de marzo de 2017

[33] COM(2017) 306, de 26 de abril de 2017

consideraciones sociales no se circunscriben a los ámbitos de la política económica clásica.

A ello se acompaña la idea del establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales, ya anunciada por el Presidente Juncker en el año 2015, como vía para una convergencia renovada en la zona del euro. El establecimiento de ese pilar se ha incluido en la Comunicación "Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales"[34], que presenta ese pilar y "traza" un camino a seguir para su aplicación, a través de una serie de iniciativas legislativas y no legislativas que ofrecerán al ciudadano derechos nuevos más eficaces en relación con la igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo, las condiciones de trabajo justas y la protección e inclusión social. Un pilar que se define no solo como político sino jurídico, que reafirma derechos ya presentes en la Unión Europea y en el acervo jurídico internacional, pero que establece principios y derechos no directamente aplicables que deben traducirse en acciones o regulaciones en el nivel adecuado. Se espera que se pilar sea proclamado de forma conjunta por las instituciones de la Unión Europea, y que su aprobación permite actualizar y completar en lo necesario el Derecho de la Unión, hacerlo cumplir mejor y apoyar el diálogo social, siendo sus principios y derechos esenciales para el amplio debate sobre el futuro de Europa.

La Comunicación se acompaña de un documento de trabajo de los servicios de la Comisión[35] que desarrolla más ampliamente las ideas de la igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo, refiriéndose entre otros a la educación, formación y aprendizaje permanente y al apoyo activo para el empleo, y en relación a las condiciones equitativas de trabajo se refiere a un empleo seguro y adaptable "con independencia del tipo y la duración de la relación laboral", garantizándose la flexibilidad necesaria para que los empleadores puedan adaptarse a los cambios económicos, promoverse formas innovadoras de trabajo que garanticen condiciones de trabajo de calidad, fomentar el espíritu empresarial, la actividad por cuenta propia, y facilitar la movilidad laboral, así como evitar "las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos, se hace referencia a los salarios injustos a la protección de un diálogo social y a la participación de los trabajadores y al equilibrio entre la vida profesional y la vida privada y una protección social adecuada, con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, así como a la introducción de una renta mínima a la que ya se refiere el art. 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales.

[34] COM(2017) 250, de 26 de abril de 2017
[35] SWD(2017) 201, de 26 de abril de 2017

Todos estos propósitos, junto a otros que se incluyen en el documento, parecen propiciar un giro corrector de las reformas laborales establecidas como medidas de emergencia frente a la crisis, y un propósito y una cierta esperanza de que las ideas de flexiguridad que también inspiran a este pilar consigan los objetivos iniciales de las políticas de flexiguridad del mercados de trabajos más abiertos e inclusivos.

LA CONTRATACIÓN TEMPORAL: PROBLEMAS Y SOLUCIONES. UN DEBATE NECESARIO

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE

Catedrática de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense
Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

SUMARIO

1. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL: PROBLEMA ESTRUCTURAL DEL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL; LA MICROCONTRATACIÓN
2. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y SUS CAUSAS. LA CUESTIÓN ESENCIAL: EL USO FRAUDULENTO Y ABUSIVO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL
3. LAS SOLUCIONES: LA ELIMINACIÓN DEL USO ACAUSAL, FRAUDULENTO Y ABUSIVO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

1. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL: PROBLEMA ESTRUCTURAL DEL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL; LA MICROCONTRATACIÓN

1.1. La patológica dualidad del sistema español de contratación laboral: las altas tasas injustificadas de temporalidad y rotación; y la microcontratación

El problema estructural de nuestro mercado de trabajo, la contratación temporal, no sólo sigue sin encontrar remedios eficaces que la hagan retroceder, sino que sigue creciendo hasta el punto de que en 2013 la contratación por tiempo indefinido cayó a mínimos históricos desde que en 1997 se instalara en nuestro ordenamiento las políticas y medidas de incentivación de la contratación por tiempo indefinido.

El sistema español de contratación laboral se sigue caracterizando, en la actual fase de recuperación económica postcrisis, por un alto grado de temporalidad y rotación no justificado ni por la estacionalidad ni por la especialización productiva de nuestra economía (turismo, construcción, actividades agrícolas). La contratación temporal se extiende al empleo privado (especialmente al sector servicios y de las pymes) y, significativamente, al empleo público y por las Administraciones públicas. La tasa de temporalidad ha escalado hasta un 27,4 por 100 en el tercer trimestre de 2017, según el MEYSS, la más alta de los últimos años (supera el 70 por 100 entre los jóvenes). En el segundo trimestre de este año los contratos indefinidos aumentaron en 93.600 mientras que los temporales lo hicieron en 255.900 (INE). La ratio de temporalidad española duplica la media de la OCDE y de la UE, y es la segunda más elevada de la UE. La contratación a través de ETTs alcanza el 0,5 por 100.

Es cierto, no obstante, que esa dualidad tradicional, que nos ha acompañado desde la década de los 80 del pasado siglo, se ha hecho más compleja con nuevas segmentaciones provenientes de la externalización de actividades productivas no únicamente ligadas a razones de especialización productiva (trabajadores externalizados v. no externalizados), relaciones de trabajo externalizadas, que, extendidas por el poder de las organizaciones on-line conocen nuevas formas: en régimen de externalización abierta (*crowdsourcing*), de difícil separación en ocasiones de la cesión ilegal de trabajadores.

De otra parte, en los últimos quince años los empleos atípicos, las modalidades de contratación atípicas, también denominadas "flexibles", se han intensificado en todos los países europeos, en algunos sectores tradicionales de forma desproporcionada y "abusiva" (agricultura, construcción, arte), y extendido a

nuevos sectores (hostelería, aviación), a los que se ha añadido la proliferación de nuevas formas de empleo, también atípicas, surgidas de la digitalización y de los cambios económicos y productivos, conjunción de la que resulta una preocupante extensión de la atipicidad –o del atipismo- contractual laboral y de la precariedad laboral y social que de ordinario o por lo general el empleo atípico conlleva, agravándose las desigualdades sociales. De esa preocupación es exponente el *Informe* de la OIT sobre *El empleo atípico en el mundo*, 2016, o la *Resolución* del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017 *sobre las condiciones laborales y el empleo precario* [1].

El empleo atípico se aparta de los cánones definitorios del contrato de trabajo típico con una alta multiplicidad de variantes.

En las formas de empleo "atípicas" o "no convencionales" incluye el Parlamento Europeo, en su *Resolución* de 19 de enero de 2017 *sobre el pilar europeo de derechos sociales*[2], de forma no exhaustiva, el trabajo temporal, el trabajo a tiempo parcial involuntario, más si es marginal, el trabajo ocasional, el trabajo de temporada, el trabajo a la carta, las prácticas no retribuidas, el trabajo por cuenta propia dependiente o el trabajo por intermediación de plataformas digitales. En su posterior *Resolución* de 4 de julio de 2017, citada, el Parlamento Europeo acoge la definición de Eurofound, que entiende por modalidades contractuales atípicas las relaciones de trabajo no conformes con el modelo estándar o típico de empleo a tiempo completo, regular y de duración indeterminada con un único empleador durante un período largo de tiempo[3].

Los efectos contrastados del incremento de las modalidades atípicas de contratación han sido la pérdida de importancia del contrato de trabajo típico, de la relación laboral ordinaria o común por tiempo indefinido y a tiempo completo, y la debilitación de su estatuto jurídico propio, de sus derechos laborales y de protección social, con la subordinación absoluta del trabajador y de su estatuto profesional al empleo y a sus formas, y de éste a las políticas (macro) económicas.

Según la hipótesis que avanza el Parlamento Europeo, es posible que los contratos típicos se apliquen a una minoría de trabajadores en el futuro, si el fenómeno no se ataja. Mientras que las formas típicas de empleo han descendido en Europa en los últimos diez años del 62 por 100 al 59 por 100, el empleo autónomo alcanza un 4 por 100, el trabajo independiente un 11 por 100, el trabajo a través de empresas de trabajo temporal un 1 por un 100, el trabajo de duración de-

[1] 2016/2221(INI).

[2] 2016/2095(INI).

[3] Occupational profiles in working conditions: Identification of groups with multiple disadvantages, 2014.

terminada un 7 por 100, los períodos de prácticas y de formación un 2 por 100, el trabajo marginal a tiempo parcial (menos de 20 horas a la semana) un 9 por 100, y el trabajo permanente a tiempo parcial un 7 por 100. A lo que ha de añadirse, el "trabajo no declarado" (UE), el "trabajo informal" (OIT), la economía sumergida (España), el trabajo autónomo ficticio y el trabajo ilegal y delictivo.

En las modalidades de contratación atípicas, el tiempo de trabajo, que puede entrecruzarse con otros factores, juega un papel determinante: contratos temporales de muy corta (microcontratación) o de muy larga duración, el trabajo no voluntario a tiempo parcial y marginal, los contratos de cero horas, el trabajo a la carta, a la llamada.

En la realidad laboral española, la contratación temporal, en sus diversas modalidades, continúa siendo la expresión principal del trabajo atípico, que produce efectos contradictorios: una alta rotación/sustitución de los trabajadores o una larga duración en la situación de temporalidad, y en concreto de interinidad contractual. Seguida de la contratación a tiempo parcial involuntaria, que se combina con la contratación temporal, acentuando, en su caso, la microcontratación.

Los datos de la Memoria última del CES, desalentadores, así lo confirman: "el repunte de los asalariados con contrato temporal es visible en todos los años del trienio de recuperación, en el que se acumulan algo más de 700.000 personas más con este tipo de contrato, frente a 450.000 más en los indefinidos". Aunque en 2016 crecieron los contratos indefinidos, "el peso de la contratación temporal […] se situó en un 91,4 por 100".

En cuanto a la microcontratación y a la rotación, dice el CES:

"Las cifras globales de contratos reflejan una estructura similar a la que se observaba antes de la crisis, aunque con más temporales y menos indefinidos. Además del fuerte retroceso en la crisis de los nuevos contratos indefinidos registrados cada año, el motivo fundamental de esta mayor presencia de temporales es su menor duración media, la cual, a su vez, puede venir originada tanto por cambios en la composición sectorial del empleo como por un aumento en el encadenamiento de contratos y/o en la rotación. A este respecto cabe señalar que no hubo en 2016 cambios sustantivos en la duración media de los contratos temporales calculada por el SEPE, aunque prosiguió la tendencia al descenso que mantienen ininterrumpidamente desde hace al menos diez años. El dato global del año se situó algo por debajo de 51 días, 3 menos que en 2015, acumulando un descenso de 28,1 días desde 2007. Por otro lado, en la distribución por duraciones se observa el notable —y creciente— peso de las duraciones más cortas. En 2016, un 28,1 por 100 de los contratos temporales duraron una semana o menos.

La rotación, prosigue la Memoria del CES, ha crecido con el incremento de las salidas de empleo, originadas en su mayor parte por la finalización de contratos temporales, aunque también crecieran las extinciones contractuales en período de prueba y por despidos sin causa: "El crecimiento de las salidas por fin de contrato temporal en un contexto de mayor volumen de contratación temporal y, dentro de ella, de mayor peso de los contratos de muy corta duración, mueve a recordar la incidencia de la denominada rotación, y más en concreto a la presencia de personas que combinan periodos de empleo con periodos de paro en el año. A esta incidencia apunta el mayor número de altas sucesivas en la prestación contributiva por fin de contrato temporal", que casi doblaron las habidas en 2015 e indican el "elevado número de episodios de rotación empleo-paro; y el fuerte aumento en las sucesivas habla, sin duda, de que esta rotación se está concentrando en una parte de la población laboral".

Por su parte, los datos proporcionados por la Asociación para el Progreso de la Dirección, a octubre de 2017, "describen, por sí solos, un sombrío panorama" [4]. Los contratos de inicio indefinidos a tiempo completo representaron en ese período sólo el 3 por 100 de los contratos registrados. En cambio, los contratos temporales alcanzaron el 94 por 100 de los firmados (un 45,1 por 100 los eventuales, un 39,8 por 100 los de obra o servicio determinados, y un 7,5 por 100 los de interinidad), de los que el 35 por 100 lo fueron a tiempo parcial. Por lo que hace a su duración, el 26,5 por 100 no superó los siete días, y casi un 40 por 100 tuvieron una dirección inferior a un mes. Casi el 60 por 100 de los contratos temporales se realizó en empresas de menos de 50 trabajadores (micro y pequeña empresa).

En cuanto a la contratación a tiempo parcial, el dato más relevante en 2016, para el CES, fue "la reducción de la frecuencia del tiempo parcial involuntario, que había venido creciendo extraordinariamente a raíz de la crisis. Se trata de una evolución incipiente, y la involuntariedad sigue suponiendo cerca de dos tercios del total de personas traba- jando con este tipo de jornada, dato que constituye un elemento central en el debate sobre el tipo de empleos que están emergiendo a raíz de la crisis "[5]. Para la APD, un 31 por 100 de los contratos indefinidos se celebró a tiempo parcial, siendo superior el porcentaje de esta modalidad contractual en los contratos temporales, y tanto en aquéllos como en éstos celebrados mayoritariamente por mujeres (en casi el 60 por 100)[6].

[4] La contratación en España, noviembre, 2017, pág. 1.

[5] Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2016, Madrid, 2017, págs.. 19, 20, 21 y 20.

[6] La contratación en España, cit., pág. 2.

1.2. La variada atipicidad de la contratación indefinida: multiplicidad e inutilidad de "modalidades contractuales" meramente coyunturales creadas para bonificar la contratación de trabajadores con especiales dificultades

En fin, la exposición de tan graves problemas del mercado de trabajo español quedaría incompleta sin la alusión al fenómeno de la propagación de la atipicidad a la modalidad típica de contratación laboral con el sedicente objetivo de estimular, de fomentar la estabilidad en el empleo, dando lugar a diferentes modalidades de contratación no obstante la *simplificación administrativa* de modelos de contrato ordenada por el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad. La reducción de la indemnización por despido objetivo improcedente (antigua modalidad de contrato de fomento de la contratación indefinida), el incremento obligatorio de la duración del período de prueba (contrato indefinido de apoyo a los emprendedores que se podrá concertar hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%), o la mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo (fomento de la contratación a tiempo parcial) se han utilizado, sucesiva o conjuntamente, por el legislador español para fomentar la contratación empresarial por tiempo indefinido, primas jurídicas a las que han acompañado otras económicas para la contratación de diferentes y numerosos colectivos de trabajadores también por diferentes empresas (deducciones fiscales, bonificaciones en las cuotas empresariales a la seguridad social, y ayudas públicas)[7], sin alcanzar los resultados perseguidos.

Según el CES, el contrato indefinido de apoyo a emprendedores ha experimentado incrementos anuales progresivamente mayores en los tres últimos años, que, sin embargo, han quedado "lejos de los que se registraban cada año en la anterior modalidad «de fomento»" de la contratación indefinida, lo que "mueve a reiterar la conveniencia de introducir otras formas de impulso a la contratación indefinida y para una mayor estabilidad en el empleo"[8]. O de no introducir ninguna, o hacerlo muy selectivamente –para su funcionamiento virtual como medidas de acción positiva para colectivos discriminados- destinando esas ayudas públicas a otros fines distintos a la contratación empresarial indefinida, como vengo sosteniendo desde hace tiempo[9] y sostiene el Grupo Fide en sus *Conclusiones sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones*

[7] Baste consultar la Guía de contratos del SEPE, octubre 2017.

[8] Economía, trabajo y sociedad, Memoria …, cit., pág. 20.

[9] Derecho del trabajo y empleo, RL, núm. 4, febrero de 2012, págs.. 5 y ss.; La eficacia y la eficiencia del Derecho del trabajo: reflexiones sobre un Derecho cuestionado por la economía y el empleo, RL, núm. 10, octubre, 2014, págs. 16 y ss.

laborales[10], que detecta en su ineficacia "fuertes sospechas de peso muerto y mero efecto sustitutivo o desplazamiento", por lo que propone su supresión (esos estímulos económicos "son inadecuados, están mal repartidos y funcionan mal") y la de "las múltiples mal denominadas "modalidades contractuales" meramente coyunturales y cristalizadas en torno al establecimiento de bonificaciones [destinadas a los empresarios] en sede teórica para facilitar la contratación de trabajadores"[11].

Bastará para comprobarlo con citar las numerosas modalidades de contratos indefinidos subvencionados, o bonificados en las cotizaciones empresariales a la seguridad social, o privilegiados con deducciones fiscales en el impuesto de sociedades: contrato indefinido de fomento de los emprendedores; contratos indefinidos celebrados con personas con discapacidad, con personas con discapacidad en centros especiales de empleo y con personas con discapacidad procedentes de enclaves laborales; contrato indefinido de jóvenes desempleados, menores de 30 o 35 años, celebrado con microempresas y empresarios autónomos; contrato indefinido para nuevos proyectos de emprendimiento joven; contrato indefinidos a tiempo parcial con vinculación formativa; contratos indefinidos para trabajadores en situación de exclusión social y con empresas de inserción; contratos indefinidos para mujeres víctimas de violencia de género y para víctimas de terrorismo y de trata de seres humanos; contrato indefinido de familiares de trabajadores autónomos; contrato indefinido para mayores de cincuenta y dos años beneficiarios de subsidios por desempleo; contratos indefinidos de trabajadores procedentes de ETTs con contratos de primer empleo joven, para la formación y el aprendizaje o en prácticas; contrato indefinido del servicio del hogar familiar; y contrato indefinido para penados en instituciones penitenciarias[12].

Sobre no crear empleo estable, estas modalidades contractuales suponen un riesgo cierto para el equilibrio financiero del sistema público de seguridad social, cuyos fondos resultan disminuidos al instrumentarse esas bonificaciones de ordinario sobre reducciones o exenciones de las cotizaciones empresariales (o de trabajadores autónomos) a la seguridad social. Y dejan de atender económicamente otros fines básicos para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que ha consagrado nuestra Constitución (art. 1.1), como el desarrollo de políticas activas de igualdad, de intermediación y de empleo, verdaderamente eficaces en la generación de oportunidades de empleo, y también señaladamente de políticas de formación profesional, imprescindibles ante la velocidad del cambio tecnológico, y de flexibilidad interna.

---

[10] Por un nuevo marco legislativo laboral…, Madrid, diciembre de 2016, en DRL, núm. 11, diciembre, 2016, págs.. 1069-1077.

[11] Conclusión núms. 6 y 12, págs.3-4 y 5.

[12] SEPE, Guía de contratos, cit., págs..

Queda el que el SEPE denomina contrato indefinido ordinario o típico, que también puede tener modalidades o especificidades, pero que es considerado ordinario "al no dar derecho a incentivo alguno por la contratación"[13].

2. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y SUS CAUSAS. LA CUESTIÓN ESENCIAL: EL USO FRAUDULENTO Y ABUSIVO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

La profunda dualidad del mercado de trabajo español, marcada por esa elevada tasa de temporalidad, produce consecuencias negativas nada despreciables para la calidad del trabajo, la formación y los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores temporales, que se reducen, se precarizan, al tiempo que decrecen sus posibilidades de defensa sindical y judicial, pero también para la productividad y competitividad empresariales, el desarrollo de proyectos empresariales participados, la estimulación del consumo interno, y para la sociedad en su conjunto y su necesaria cohesión, al agravarse y cronificarse las desigualdades salariales y de condiciones de trabajo y de protección social.

Son, pues, problemas principales a los que, en el caso de la microcontrataciones con elevada rotación, se añaden la prolongación de la inseguridad económica y social de los trabajadores, causada por ingresos inferiores y menos estables con su repercusión consiguiente en las cotizaciones a la seguridad social, la falta de identidad profesional, la ausencia de perspectivas profesionales en un mundo cambiante en que las capacidades y la formación son indispensables, y las dificultades para conciliar el trabajo con la vida privada y familiar, lo que tiene un efecto perjudicial directo sobre las mujeres.

Reconoce Eurostat que el nivel de "la propensión a utilizar contratos de duración limitada entre los Estados miembros de la UE puede reflejar, al menos en cierta medida, las prácticas nacionales, la oferta y la demanda de mano de obra, las evaluaciones del empleador sobre posibles contracciones y la facilidad con que los empleadores pueden contratar"[14].

Así es, en efecto. La legislación española desde 1984 proporcionó esas facilidades a los empleadores al instaurar el recurso empresarial a la contratación temporal acausal como medida de fomento del empleo, convertida en una verdadera cultura nacional que preserva las evaluaciones del empleador sobre posibles contracciones (volatilidad del empleo temporal) y le coloca al resguardo de la

[13] SEPE, Guía de contratos, cit., pág. 12.
[14] Estadísticas de empleo, junio de 2017.

regulación legal sobre el despido, aunque los costes del despido –las indemnizaciones por despido improcedente- se hayan reducido por la reforma legislativa de 2012. Desde los años finales del pasado siglo el legislador ha intentado corregir esa tendencia, recuperando –aunque sin la convicción debida- la causalidad en la contratación estructural de duración determinada y acogiendo políticas normativas y económicas de facilitación del empleo estable o por tiempo indefinido, insuficientes y, como se ha dicho, fracasadas. Políticas a las que han sumado otras, ciertamente erradas, de desicentivación de la contratación causal y de incentivación de la acausal.

El Grupo Fide en sus ya citadas *Conclusiones sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales* consideró urgente que los interlocutores sociales, conjuntamente, acometiesen el análisis de las causas reales que están en la raíz de nuestras altas tasas de desempleo y de temporalidad en comparación con los países de nuestro entorno[15].

Sin perjuicio de ese necesario análisis, el Grupo Fide avanzó que la causa principal de tan negativas singularidades de nuestro mercado de trabajo, atendiendo a los datos proporcionados por las distintas fuentes consultadas (económicas, sociológicas, estadísticas, jurisprudenciales), radica en el "alto grado de temporalidad y rotación *irregulares* del sistema español de contratación", pues "ni la estacionalidad ni la especialización productiva española justifican el alto número de contratos temporales, de muy escasa duración en un elevado porcentaje, ni el uso abusivo del encadenamiento de contratos temporales". Reiterando la advertencia de que "en la patología de esta dualidad caracterizadora del mercado de trabajo español está el uso indebido de la contratación temporal causal"[16].

A su vez, causa de esta causa principal han sido las sucesivas opciones de política legislativa equivocadas e insuficientes para corregir ese uso indebido de la contratación temporal causal por los empresarios y las Administraciones pública. Esas decisiones de política normativa no se han quedado únicamente en ese perjudicial y criticable nivel de ineficacia e ineficiencia en su persecución y sanción, pese a ser su objetivo declarado reducir la patológica dualidad del mercado de trabajo español, sino que, además, han caminado, y lo siguen haciendo, en la dirección contraria de desincentivar indiscriminadamente el recurso a la contratación temporal causal y fomentar la contratación temporal acausal[17].

[15] Por un nuevo marco legislativo laboral…, cit., , conclusión núm. 17, pág. 6.
[16] Por un nuevo marco legislativo laboral…, cit., , conclusión núm. 7, pág. 4.
[17] Por un nuevo marco legislativo laboral…, cit., , conclusión núm. 7, pág. 4.

2.1. El fracaso de las normas reformadoras del mercado de trabajo en la resolución del grave problema de la dualidad laboral del mercado de trabajo español

A) El fomento jurídico-económico de la contratación indefinida y el abandono de la lucha contra la patología crónica de la temporalidad

Por retroceder en este momento a la reforma legislativa de 2012, su objetivo de favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la acusada rotación y segmentación de nuestro mercado de trabajo, vinculada, en el decir del Preámbulo de la ley 3/2012, de 6 de julio, a "un sistema de instituciones laborales inadecuado" y a la "falta de un nivel óptimo de flexibilidad interna"[18], se enunció por la Ley 3/2012 como prioritario e inmediato –a conseguir "lo antes posible"-, bien que con medidas referidas esencialmente a la extinción del contrato indefinido y temporal (reducción de la indemnización por despido improcedente para acercar los costes extintivos de los contratos indefinidos y temporales) y a la recuperación de la vigencia de la regla prohibitiva del encadenamiento de contratos temporales, y de su sanción novadora de esos contratos temporales encadenados en indefinidos, que el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, había suspendido durante un plazo de dos años, al considerar que la regla, establecida en 2006[19] en el marco del diálogo social una coyuntura de expansión económica para favorecer la estabilidad en el empleo, resultaba disfuncional en la recesión en que por segunda vez desde el comienzo de la gran crisis financiera caía la economía española, pues "lejos de fomentar la contratación indefinida, puede estar produciendo efectos indeseados de no renovación de contratos temporales y afectando negativamente al mantenimiento del empleo, lo que aconseja su suspensión temporal"[20].

Como es fácil observar, la contratación temporal se seguía concibiendo, en la reforma de 2011, como el cauce de entrada en el mercado de trabajo, esperando la regulación legal que la renovación sucesiva de los contratos temporales –que funcionalmente también operaba como períodos de prueba alargados- acabase en su transformación en contratos indefinidos, asimismo fomentada con subvenciones y bonificaciones en las cotizaciones empresariales a la seguridad social.

Ya la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, que también decía dirigirse a "reducir la dualidad de nuestro mercado laboral, impulsando la creación de em-

[18] Preámbulo, IV y V.

[19] Por el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, convertido en Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de igual denominación.

[20] Preámbulo, II.

pleo estable y de calidad, en línea con los requerimientos de un crecimiento más equilibrado y sostenible"[21], había introducido "ajustes en la regla instaurada en 2006 para evitar el encadenamiento de contratos temporales, a fin de hacerla más eficiente". "Ajustes" consistentes en excluir de su aplicación, más allá de los contratos formativos, de relevo e interinidad[22], a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación y a los contratos temporales utilizados por empresas de inserción debidamente registradas cuyo objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado; y en fijar límites a la duración máxima del contrato por obra o servicio determinados, que ya había establecido el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, y al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, no sólo los obligados por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público[23], sino haciendo la regla prohibitiva inaplicable fuera del ámbito estricto de cada Administración Pública, esto es, sin contar los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas, y respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (modificada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril), o en cualesquiera otras normas con rango de ley, como la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. Todo un contrasentido con los objetivos reformadores porque en el ámbito del empleo público, y en concreto de las Administraciones públicas, el uso abusivo de la contratación temporal ha tenido, como es bien conocido, una presencia especialmente abultada, lo que se ha traducido en numerosos problemas[24] que desembocaron en la elaboración jurisprudencial de la figura del trabajador indefinido no fijo, aceptada por los artículos 8.2.c) y 11.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aunque sin establecer su régimen jurídico propio[25], conceptuada primero como trabajador temporal y, a partir de la Sentencia de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2017[26], como no temporal, esto es, como indefinido no fijo para respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública y al empleo público en

[21] Preámbulo, II.

[22] Excluidos ya en la versión original de la norma, sobre la base del menor fraude existente en el recurso a dichas modalidades contractuales "más causales".

[23] Ya recogidos por la citada regulación del citado Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo.

[24] De lo que da cuenta la consulta de la jurisprudencia, tanto interna, como del Tribunal de Justicia. El encadenamiento abusivo de contratos temporales en el empleo público ha quedado demostrado en las Sentencias del Tribunal de Justicia, con reiteración, y en concreto en las tres conocidas Sentencias de 14 de septiembre de 2016.

[25] Aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

[26] Recud. 1664/20165, caso Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas

general. Con la consecuencia del incremento del monto indemnizatorio - a 20 días de salario por año trabajado: art. 53.1.b) ET- correspondiente a la extinción de su contrato por la causa objetiva de la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por el trabajador indefinido sin fijeza.

La recuperación por el Real Decreto-ley 3/2012 y por la Ley 3/2012 de la regla limitativa de la utilización encadenada de contratos temporales, asentada en su carácter fraudulento y abusivo, se presentó con la vocación accesoria y timorata de "completar las medidas de fomento de la contratación indefinida" [27] que la citada Ley introducía, en concreto el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores en sustitución del anterior contrato para el fomento de la contratación indefinida[28], una vez que la aminoración de la indemnización por despido objetivo improcedente se extendió a todos los contratos.

La reforma legislativa de 2012 se situó, como sus predecesoras, en la lógica superada del fomento jurídico-económico de la contratación indefinida, y no en la de la lucha contra las patologías crónicas de nuestro sistema de relaciones laborales, la temporalidad y la rotación tan elevadas por su utilización abusiva, actuando en este terreno bajando los niveles de protección de los contratos indefinidos para reducir la distancia entre *insiders* y *outsiders*.

Por lo demás, la vigencia de esa regulación limitativa del encadenamiento de contratos temporales se pospuso al 1 de enero de 2013, y no se desprendió de las restricciones que limitan su operatividad en las Administraciones públicas y en las modalidades particulares de contratos de trabajo temporales establecidas en normas con rango de ley. A lo que, desafortunadamente, se ha de añadir que ni las medidas de fomento de la contratación indefinida, ni las abaratadoras de los despidos, ni las incentivadoras de la flexibilidad interna, como las reducciones temporales de salario o de jornada, que habrían de evitar la destrucción de empleo, y de empleo temporal en particular según las normas reformadoras de 2012, consiguieron el propósito enunciado de corregir la persistente dualidad de nuestro mercado de trabajo.

La tasa de temporalidad, que había alcanzado la cifra record de un 34,1 por 100 en 2006, continuó reduciéndose en 2012, respecto del 25,4 por 100 de 2011, situándose en un 23,6 por 100, a un 23,4 por 100 en 2013[29], pero volvió a repuntar

[27] Preámbulo, V.

[28] Creado por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, derivada del Acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo suscrito por los interlocutores sociales..

[29] J. V. Pitxer, A. Sánchez Velasco, R. Lorente y A. Guamán, *La dinámica de la temporalidad en el mercado laboral español en las dos últimas crisis: cambios normativos, modelo productivo y prácticas empresariales,* Universidad de Valencia, 2014, págs. 23-24.

de manera imparable desde 2014 a un 24 por 100, que en 2015 alcanzó , en 2016 el 25,6 por 100, y el 27,4 por 100 en el tercer trimestre de 2017.

La protección del empleo y de su estabilidad no ha tenido, en aquella reforma legislativa, ni en las normas que la precedieron ni en las que la sucedieron, ni en la actuación de los poderes públicos, la centralidad, el protagonismo, que le corresponde en un país con tan elevado número de desempleados y contratados temporales.

La realidad es que las sucesivas normas reformadoras laborales no han renunciado a la flexibilidad de entrada, interna y de salida que proporcionan a los empresarios las modalidades de contratación temporal, fuente principal de precariedad de las condiciones de trabajo.

B) Las modalidades causales de contratación temporal y el inefectivo régimen legal reactivo frente a su utilización fraudulenta y abusiva

Es sobradamente conocido que tres son las modalidades causales de contratación de duración determinada o "estructural" en cuyo paradigma causal se asienta la necesidad de adecuación entre la temporalidad de la necesidad empresarial y la del contrato de trabajo destinado a satisfacerla :el contrato para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta, pero no superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial; el contrato eventual exigido por las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, con una duración máxima de seis meses, dentro de un periodo de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas, ampliables por convenio colectivo sectorial a dieciocho meses el período de referencia, sin que la duración del contrato pueda superar las tres cuartas partes del periodo de referencia ni, como máximo, doce meses; y el contrato de interinidad para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo [art. 15-1.a), b) y c) ET], para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, sin que su duración pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima (art. 4, apartados 1 y 2, del RD 2720/1998, de 18 de diciembre), y para sustituir a un trabajador autónomo, a un socio trabajador o a un socio de trabajo de una sociedad cooperativa en caso de riesgo durante el embarazo o en los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente (art. 4, apartado 3, del RD 2720/1998).

También lo es que el contrato para obra o servicio determinado tiene en el sector de la construcción un tipo contractual singular, el contrato fijo de obra, regulado por la negociación colectiva de ámbito estatal[30] habilitada por la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (a la que se remite la disposición adicional tercera del ET). Y que la jurisprudencia ha ampliado notablemente su utilización desde antiguo al admitirla para efectuar trabajos de carácter permanente cuando éstos son objeto de una contrata mercantil de obra o servicio, de una encomienda concreta o de una concesión administrativa, entendiendo que cada contrata o concesión administrativa posee la suficiente "autonomía y sustantividad propia" exigida por la ley para este tipo de contrato[31], a excepción de que la contrata vaya seguida de otra contrata con la misma empresa cliente y con el mismo objeto, o que en el convenio colectivo, contrato o pliego de condiciones se hubiese incluido una cláusula de subrogación empresarial[32].

En cuanto al contrato de interinidad, existen modalidades subvencionadas en razón de la causa de la sustitución: los celebrados para sustituir a trabajadores en situación de excedencia por cuidado de familiares, a trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo, a trabajadores en las situaciones de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad, a personas con discapacidad en baja por incapacidad temporal, y a trabajadoras víctimas de violencia de género.

En lo que aquí importa subrayar, el régimen legal reactivo frente a su utilización al margen de las causas previstas para cada modalidad contractual temporal determinantes de su intrínseca temporalidad y de su régimen jurídico propio se reduce, en esencia, a las escasas e inefectivas prescripciones siguientes.

1) La novación sancionadora consecuencia de la celebración de los contratos temporales en fraude de ley: se presumen iuris et de iure concertados por tiempo indefinido (art. 15.3 ET).

2) La conversión de los trabajadores en fijos de la empresa es la consecuencia automática de la superación de la duración máxima del contrato para obra y servicio determinado.

---

[30] Artículo 24 del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017).

[31] SSTS de 15 de enero y de 25 de junio de 1997 (Rcud. 3827/1995 y 4397/1996), de 18 y 28 de diciembre de 1998 (Rcud. 1767/1998 y 1766/1998), de 22 de octubre de 2003 (Rcud. 107/2003), de 6 de octubre de 2006 (Rcud. 4243/2005) y de 18 de julio de 2007 (Rcud. 3685/2005), entre otras.

[32] SSTS de 17 de junio de 2008 (Rcud. 4426/2006), de 18 de junio de 2008 (Rcud. 1669/2007), de 17 de julio de 2008 (Rcud. 152/2007) y de 23 de septiembre de 2008 (Rcud. 2126/2007).

3) Esa conversión es también la consecuencia del incumplimiento de la regla prohibitiva del encadenamiento de dos o más contratos de duración determinada, de igual o diferente modalidad, de un mismo trabajador con una duración superior a veinticuatro meses en un periodo de treinta meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con una empresa o grupo de empresas, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal. Lo que también es de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente [art. 15, apartado 1.a), párrafo primero, y apartado 5, párrafos primero y segundo, ET].

La regla legal no es eficaz para impedir la concatenación de contratos temporales con la escasa duración media que tienen en nuestro país. La microcontratación sucesiva escapa a la norma legal prohibitiva.

Por lo demás, y como se dijo, esta última regla legal deja fuera de su ámbito de aplicación a los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, y a los contratos temporales utilizados por empresas de inserción debidamente registradas cuyo objeto sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado (artículo 15, apartado 5, párrafo cuarto, ET). Ambas reglas no producen efectos sobre los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni sobre las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley (cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años, para el caso de la superación de la duración máxima del contrato para obra o servicio determinado) (disposición adicional decimoquinta ET).

Ha de añadirse ahora que tampoco se somete a estas determinaciones legales el contrato fijo de obra por decisión de su regulación convencional colectiva autorizada por la ley.

3) Sólo en los supuestos de adquisición de la condición de trabajador fijo por superación de la duración máxima –legal o convencional colectiva- del contrato para obra o servicio determinado y por incumplimiento de la regla prohibitiva de la acumulación sucesiva de contratos temporales, el empresario debe facilitar por escrito al trabajador un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa. En todo caso, el trabajador puede solicitar, por escrito, al Servicio Público de Empleo correspondiente un certificado de los contratos de duración determinada o temporales celebrados, a los efectos de poder acreditar su condición de trabajador fijo en la empresa (art. 15, apartado 8, ET).

4) La extinción por iniciativa del empresario de los contratos temporales celebrados en fraude de ley y sin observar los requisitos legales, cuyo cumplimiento conjunto de todos ellos exige la jurisprudencia para que la contratación temporal pueda considerarse ajustada a derecho[33], se lleva al régimen del despido disciplinario improcedente.

5) Los empresarios han de notificar a la representación legal de los trabajadores en las empresas los contratos por tiempo determinado celebrados, regulados en el artículo 15.1 del ET, cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos (art. 15, apartado 4, ET).

2.2. La inadecuada desincentivación de la contratación temporal: causal, fraudulenta y abusiva

Tampoco ha acertado el legislador en la elección de las técnicas de desincentivación de la contratación temporal desde el momento en que las ha dirigido, bien a toda la contratación temporal sin discriminar la causal de la acausal o fraudulenta, bien justamente a la contratación temporal causal para evitar su utilización abusiva, esto es, sucesiva en el tiempo.

Los incrementos –por las leyes presupuestarias- de las cotizaciones empresariales a la seguridad social en los contratos temporales (para obra y servicio determinados y eventual por razones productivas) respecto de los contratos indefinidos, o la reducción del tipo de cotización de estos últimos respecto de aquéllos, ha operado ineficazmente, contradictoriamente con la incentivación de numerosas modalidades de contratos temporales mediante la reducción de las cotizaciones empresariales a la seguridad social, e injustamente al destinarse tanto a la contratación temporal regular, que atiende necesidades empresariales temporales, como a la contratación temporal sin causa. No es necesario insistir en la inadecuación de esas medidas para eliminar la contratación temporal que no debe ser eliminada, sino la acausal o frudulenta, al no existir causa productiva u organizativa empresarial que la justifique.

A) Las indemnizaciones por la finalización regular de los contratos de duración determinada (para obra o servicio determinado y eventuales por razones productivas). ¿Evitación de la contratación temporal fraudulenta?

Mayor ha sido el desajuste entre el medio utilizado y el fin sedicentemente perseguido en la concesión de indemnizaciones por la terminación *regular* de los contratos temporales causales al finalizar las causas de temporalidad que los justificaba.

[33] STS de 4 de octubre de 2017 (Recud 176/2016), y las que cita.

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad[34], que transpuso a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada[35], dijo adoptar medidas dirigidas a reforzar el principio de estabilidad en el empleo, introduciendo limitaciones y garantías adicionales en los contratos temporales y de duración determinada. A tales efectos, y en lo que aquí importa, reformó el artículo 15 del ET, incorporando un apartado 5, para transponer la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva por sucesiva de los contratos temporales, a cuyo tenor: "Los convenios colectivos podrán establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal". El nuevo apartado 6 del artículo 15 del ET transponía la regulación de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, que prohíbe la discriminación entre los trabajadores con un contrato de duración determinada y los trabajadores fijos comparables: "Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos y con el contrato de inserción. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado. Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación". Las modificaciones posteriores operadas por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, y por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, y por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, dieron lugar a la regla prohibitiva del encadenamiento sucesivo de contratos temporales, con la posterior suspensión de su vigencia (por el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto) y el acortamiento de ese período suspensivo (Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, y por la Ley 3/2012, de 6 de julio), ya conocidos, regla que se contiene en el apartado 5, completado con el apartado 8, del artículo 15 del ET vigente.

El Real Decreto-ley 5/2001 y la Ley 12/2001, que lo sucedió, reformaron también el 49.1.c) del ET, aparejando a la finalización regular de los contratos de

[34] Procedente del Real Decreto-ley 5/2011, de 2 de marzo, de igual denominación.

[35] Advirtiéndolo expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley.

duración determinada y temporales por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato una indemnización, cuya cuantía se estableció en 8 días de salario por año trabajado o en la que fijase, en su caso, la normativa específica de aplicación, con la excepción de los de interinidad, formativos y de inserción.

Esa indemnización se incrementaría por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, y por la Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo a 12 días de salario por año trabajado, con la finalidad de "restringir el uso *injustificado* de las modalidades temporales de contratación"; finalidad a la que –aquí sí- también servían el establecimiento de un límite temporal máximo en los contratos para obra o servicio determinado a partir del cual ha de considerarse que las tareas contratadas tienen naturaleza permanente y han de ser objeto de una contratación indefinida, y de ciertos ajustes en la regla instaurada en 2006 para evitar el encadenamiento sucesivo de contratos temporales, a fin de hacerla más eficiente. En cuanto al incremento de las cuantías indemnizatorias, "razones de prudencia" aconsejaban implantarlo gradualmente "por la incidencia que su aplicación inmediata pudiera suponer sobre la creación de empleo"[36]. La indemnización de 8 días de salario por año trabajado iría creciendo en un día para los contratos temporales que se celebrasen a partir del 1 de enero de 2012 hasta situarse en los 12 días de salario por año trabajado para los contratos temporales celebrados a partir del 1 de enero de 2015.

Recientemente A. LÓPEZ HERNÁNDEZ ha recordado los términos en que se produjo el debate parlamentario de convalidación del Real Decreto-ley 5/2001, en el que el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales y los diputados intervinientes de los grupos socialista, mixto y federal de izquierda unida, aludieron abiertamente al propósito de las indemnizaciones extintivas introducidas de disuadir "la contratación temporal *fraudulenta* a favor de la contratación indefinida encareciendo el coste para el empresario de acudir a aquellas modalidades contractuales en las que el fraude era más generalizado", los contratos eventuales y los por obra o servicio determinado[37], a su vez las modalidades de contratos de duración determinada más numerosas. Los diputados de la oposición criticaron la medida, no por su inadecuación radical al objetivo de reducir la contratación temporal fraudulenta, al dirigirse a la finalización contratación temporal causal o regular, sino por la escasez del monto indemnizatorio y su ínfima virtualidad disuasoria para reducir el fraude en la contratación temporal.

[36] Preámbulo de ambos textos legales, II.

[37] La contratación laboral temporal a partir del caso de Diego Porras (Asunto C-596/2014), DRL, núm. 10, noviembre, 2017, pág. 1008.

La consecuencia indemnizatoria es tan contradictoria en si misma que tira por tierra su finalidad declarada. La indemnización tendría carácter disuasorio. Pero de funcionar como un mecanismo desincentivador, lo haría, en principio, únicamente respecto de la contratación temporal regular o no fraudulenta, lo que denota la confusión del legislador al enfocar el papel de la contratación temporal en nuestro sistema de relaciones laborales.

El establecimiento en 2001 de un régimen legal indemnizatorio de la extinción regular de determinados contratos temporales, dejando a un lado, en esta primera apreciación, los problemas del tratamiento desigual de la extinción regular de otros contratos temporales carentes de indemnización, y en concreto de los de interinidad, que están en el origen de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016, C-596/2014, *De Diego Porras* y *Ministerio de Defensa*, pudo responder a una finalidad de fomentar la contratación indefinida mediante el estímulo de la conversión de contratos temporales regulares en indefinidos con la ayuda de mecanismos económicos: las indemnizaciones por finalización del contrato temporal que el empresario se ahorraría con la conversión contractual y, en su caso, las bonificaciones en las cotizaciones empresariales a la seguridad social por dicha conversión contractual (bonificaciones cambiantes a los largo de los años al destinarse a diferentes contratos temporales). Pudo tener también la finalidad de, como indica el título del Real Decreto-ley 5/2001, incrementar el empleo a través del recurso recurrente a la contratación temporal y mejorar su calidad, la del empleo temporal, con esa indemnización de escasa cuantía, y en la actualidad de mínima aplicación, si se tienen en cuenta los datos, antes expuestos, del CES, sobre la ínfima duración de los contratos temporales en 2016: por debajo de 51 días de media global, alcanzando un 28,1 por 100 los de duración semanal o inferior. Datos corroborados por los publicados por la APD, ya para 2017, también ya citados, en que, hasta el mes de octubre, de los contratos temporales iniciales firmados el 38,7 por 100 tuvo una duración inferior al mes, y el 26,5 por 100 una duración de siete días o inferior.

Con estos datos de temporalidad y rotación extremas de poco sirve la confusa protección indemnizatoria del artículo 49.1 c) del ET para mejorar la calidad del empleo temporal regular, extendida al contrato de interinidad por sustitución por la citada Sentencia *De Diego Porras* aplicando la cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada para evitar el trato desfavorable de la trabajadora interina cuyo contrato se ha extinguido por la reincorporación de la trabajadora sustituida, incrementada a 20 días por año trabajado, indemnización correspondiente a "un trabajador fijo comparable" por la extinción regular de su contrato por causa objetiva [art. 53.1.b) ET], por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 613/2016, de 5 de octubre[38] en aplicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia.

[38] Rec. Núm. 246/2014.

B) La reformulación de la cuestión de prejudicialidad por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el caso De Diego Porras*: las indemnizaciones por la finalización regular de los contratos de duración determinada para obra o servicio determinado y eventuales por razones productivas y la evitación de la utilización abusiva de los contratos temporales causales ,aunque no sea sucesiva*

La Sentencia del Tribunal de Justicia *De Diego Porras*, en su interpretación de la Directiva 1999/70, ha convulsionado nuestro ordenamiento interno de contratación temporal. Se nombró por el MEYSS una Comisión de expertos para su estudio, que presentó sus conclusiones provisionales el 10 de febrero de 2017[39]. Se han publicado números comentarios y estudios doctrinales. En el ámbito judicial, ha dado lugar a numerosas y diferentes decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la aplicación de su doctrina al régimen extintivo regular e indemnizatorio de otros contratos de duración determinada (para obra o servicio determinado, eventuales por razones de la producción…), a la elevación de dos nuevas cuestiones prejudiciales por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia a propósito de la extinción de un contrato de relevo temporal (asuntos *Grupo Norte Facility*, C-574/16[40], y *Rodríguez Otero*, C-212/17[41]), de otra cuestión prejudicial por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid sobre la extinción de un contrato de interinidad por vacante (asunto *Montero Mateos*, C-677/16)[42], y, en el propio caso de *De Diego Porras y Ministerio de Defensa*, al replanteamiento de una nueva cuestión de prejudicialidad por la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo[43] en el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Abogado del Estado frente a la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 613/2016, de 5 de octubre.

Calificada por el propio Auto de "reformulación", el Tribunal Supremo ha venido a pedir una nueva decisión al Tribunal de Justicia. Ha precisado las cuestiones de nuestro régimen jurídico interno de contratación temporal que, en su opinión, no habían sido adecuadamente expuestas en la primera petición prejudicial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha hecho ver la falta de comparabilidad entre la finalización del contrato temporal por cumplimiento de su causa de temporalidad y la finalización del contrato de un trabajador fijo o indefinido –que "nunca va a ver extinguido el contrato por esa causa", la llegada de un tér-

[39] Conclusiones provisionales del grupo de expertos sobre la STJUE 14.9.2016, Caso de Diego Porras

[40] Auto de 2 de noviembre de 2016.

[41] Autos de 5 de abril de 2017.

[42] Auto de 29 de diciembre de 2016.

[43] Auto de la Sala en Pleno de 25 de octubre de 2017.

mino o el cumplimiento de una condición-, y ha destacado la igual aplicación, a trabajadores temporales e indefinidos, de la regulación legal de la extinción de los contratos por causas objetivas y su indemnización de 20 días de salario por año trabajado. Todo ello a efectos de defender la inaplicabilidad al caso de la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, esto es, su compatibilidad con la decisión del legislador español de disponer indemnizaciones específicas, e inferiores a las de los trabajadores fijos, para la finalización por causa objetiva de los contratos temporales y excluir de esas indemnizaciones a los contratos de interinidad.

En sus conclusiones la Abogada General, Sra. Juliane Kokkot, en los casos *Grupo Norte Facility*, C-574/16, y *Montero Mateos*, C-677/16, ha propuesto, en el primero de los casos citados, al Tribunal de Justicia que responda a la petición de decisión prejudicial del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del modo siguiente: "La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada […] debe interpretarse en el sentido de que no supone una discriminación de los trabajadores con contratos de duración determinada el hecho de que, al finalizar sus contratos de trabajo por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o el servicio pactados o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado, no les corresponda indemnización alguna o les corresponda una indemnización inferior que a los trabajadores cuyos contratos de trabajo, de duración determinada o de duración indefinida, se extinguen como consecuencia de una decisión del empresario por una causa objetiva"[44].

Los problemas interpretativos y aplicativos de la Sentencia De Diego Porras en nuestro ordenamiento jurídico no cuentan todavía con una solución segura, pero todo indica que es posible un cambio de doctrina respecto de la Sentencia De Diego Porras.

En relación con ellos, el específico que aquí nos ocupa es el de la finalidad del régimen indemnizatorio propio de la extinción válida de los contratos temporales, con exclusión de los de interinidad y formativos en la versión vigente del artículo 49.1.c) del ET, que el propio Tribunal Supremo, en el Auto de 25 de octubre de 2017, vincula a la evitación o sanción de los contratos de duración determinada. En su "replanteamiento" de la cuestión prejudicial con apoyo en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, sobre medidas que ha de adoptar los Estados miembros para evitar la utilización abusiva de los contratos o relaciones laborales de duración determinada por su acumulación sucesiva, razona el Tribunal Supremo que la primera medida de la ley interna española adoptada al fin del cumplimiento de la citada cláusula 5 del Acuerdo Marco es la de la conversión en indefinidos de los contratos temporales en fraude de ley o que superen perío-

[44] Conclusiones, 20 de diciembre de 2017, Conclusión VI, párrafo 85.

dos máximos de duración. Y que a esa misma finalidad de dar cumplimiento a la cláusula 5 del Acuerdo Marco responde la introducción en el artículo 49.1.c) del ET de la indemnización de 12 días de salario -cuantía actual- por año trabajado por su terminación ajustada a Derecho, "como garantía tendente al fomento del empleo estable".

Se pregunta y pregunta el Tribunal Supremo al Tribunal de Justicia sobre la acomodación a la cláusula 5 del Acuerdo Marco de la decisión del legislador español de excluir los contratos de interinidad de la indemnización de 12 días de salario por año trabajado, "si se considera que este mecanismo es uno de los elegidos por la ley nacional […] para hacer frente a abusos en el uso de la temporalidad", aun "cuando se trate de un primer contrato, puesto que el art. 49.1.c) ET no vincula el derecho a la indemnización a la existencia de contratos temporales sucesivos, reconociendo la indemnización a la finalización del contrato temporal haya sido cual haya sido la duración de la relación laboral". Según el Tribunal Supremo, la legislación española habría mejorado la regulación mínima de la cláusula 5 del Acuerdo Marco al no exigir un supuesto de "concatenación de contratos" temporales. De lo que se trata para el Tribunal Supremo, en consecuencia, es de saber si una vez que el legislador ha optado por "una determinada medida de disuasión del abuso de la contratación temporal", el abono de la indemnización de 12 días de salario por año trabajado, el legislador puede diferenciar entre las distintas modalidades contractuales de duración determinada a efectos de excluir de dicha indemnización la finalización de los contratos de interinidad, porque las particularidades de dicho contrato –en el que confluyen dos trabajadores respecto de un mismo empleo, su duración es determinada en el tiempo, pero incierta y no predeterminada- hiciesen a esa indemnización innecesaria a la finalidad de evitar el abuso de la contratación temporal, "aun cuando no se haya producido un uso excesivo".

Realmente, las indemnizaciones extintivas del artículo 49.1.c) ET no tienen por efecto desincentivar el recurso empresarial a la contratación temporal fraudulenta, puesto que el hecho jurídico que genera el derecho a su percepción es la extinción regular de los contratos de duración determinada para obra y servicio determinado y eventuales por razones productivas.

Si algún efecto negativo puede producir dichas indemnizaciones por la finalización regular de los contratos temporales es la de incentivar su escasa duración para disminuir su coste, pronunciando el defecto estructural de nuestro mercado de trabajo: la microcontratación mayoritaria en la micro y pequeña empresa, como se vió. En el terreno de la contratación temporal abusiva, la indemnización extintiva podría quizás evitar la acumulación sucesiva de microcontratos, si bien, como se recordará, su duración ha de superar veinticuatro meses en un periodo de treinta meses, con o sin solución de continuidad. Y se recordará también que

de la norma prohibitiva del encadenamiento sucesivo de contratos, que ésta sí enlaza con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, quedan excluidos precisamente los contratos de interinidad (art. 15.5 ET).

En mi opinión, las indemnizaciones del art. 49.1.c) ET por fin del contrato temporal por cumplimiento de la causa objetiva de la temporalidad, tanto desde un punto de vista teórico-dogmático como práctico, han carecido y carecen de cualquier efecto en la desincentivación de la contratación temporal fraudulenta (explicación de su finalidad obtenida del debate parlamentario de su introducción legal y de los preámbulos de sus normas legales reformadoras) y de la contratación temporal que, aun siendo regular, sería abusiva por sucesiva y encubrir la atención de necesidades empresariales permanentes o estructurales. Su sentido responde a facilitar la conversión de la contratación temporal regular en indefinida y a mejorar la protección de los trabajadores temporales, tan numerosos en la realidad del mercado de trabajo español, a la finalización regular de su contrato causal, sin que signifique ello acercar esa protección indemnizatoria de la contratación temporal a la propuesta teórica del contrato único con coste indemnizatorio creciente.

2.3. La falta de decisión del legislador de poner fin a las políticas de promoción de la contratación temporal acausal como medida de fomento del empleo

El legislador se ha mostrado recalcitrante a la supresión de la contratación temporal como medida de fomento del empleo, creando nuevos y más numerosos tipos de contratación temporal y de trabajadores *outsiders* como consecuencia de la combinación de la contratación temporal con el trabajo a tiempo parcial involuntario, que conlleva un impacto adverso de género, y con la reducida jornada de éste y la escasa duración de los contratos temporales.

No son precisamente escasos los tipos o modalidades de contrato temporal que no se dirigen, o no se dirigen principalmente, a satisfacer necesidades productivas temporales de los empresarios, sino que siguen imbuidos de la finalidad de facilitar la contratación de determinados colectivos de trabajadores con especiales dificultades de inserción laboral y reducir el desempleo. El legislador y los gobiernos siguen arrastrando la carga del pasado y desarrollan una estrategia que proporciona pan para hoy y hambre para mañana, no obstante los incentivos a la transformación de algunos de estos contratos en indefinidos mediante bonificaciones en las cuotas empresariales a la seguridad social durante cierto tiempo.

Casi una veintena de contratos temporales anota la *Guía de contratos* del SEPE[45], en su mayor parte bonificados económicamente con exenciones y reduc-

[45] Cit., págs. 53 y ss.

ciones de la cuota empresarial a la seguridad social, subvenciones directas o en los costes salariales, y reducciones en las cuotas del impuesto de sociedades, según modalidades: contrato eventual de primer empleo joven; contrato temporal para mujeres víctimas de violencia de género, trabajadores víctimas de terrorismo y de trata de seres humanos; contrato temporal para trabajadores en situación de exclusión social; contrato de duración determinada temporal para trabajadores en situación de exclusión social por empresas de inserción (ajustado a las modalidades del contratos de duración determinada del artículo 15.1 del ET); contrato temporal de fomento del empleo de trabajadores en situación de exclusión social en empresas de inserción; contrato temporal para trabajadores mayores de cincuenta y dos años beneficiarios de los subsidios por desempleo; contrato temporal de situación de jubilación parcial; contrato temporal de relevo; contrato temporal de tiempo parcial con vinculación formativa; contrato temporal de interés social de fomento del empleo agrario celebrado con Administraciones públicas, organismos del Estado o entidades sin ánimo de lucro (celebrado generalmente para obra o servicio determinado); contrato temporal de servicio del hogar familiar; contrato temporal de personas con discapacidad; contrato temporal de personas con discapacidad en centros especiales de empleo (articulado a través de las modalidades de contratación determinada del artículo 15.1 del ET); contrato temporal para la realización de un proyecto específico de investigación científica y técnica (conforme al contrato para obra o servicio determinado sin límite de duración máxima); contrato temporal de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación (regido por la normativa de los contratos en prácticas sin los límites para la obtención de la titulación); contrato temporal para el personal investigador en formación (dos años de beca seguido de dos años de contrato en prácticas); contrato temporal predoctoral; contrato temporal para penados en instituciones penitenciarias (celebrado como contrato para obra o servicio determinado; contrato temporal de menores y jóvenes en centros de menores sometidos a medidas de internamiento; contrato temporal de trabajo en grupo; contrato temporal de alta dirección; contrato temporal de sustitución por anticipación en la edad de jubilación.

3. LAS SOLUCIONES: LA ELIMINACIÓN DEL USO FRAUDULENTO Y ABUSIVO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

De lo hasta aquí expuesto se deducen consecuencias importantes: la primera es que la regulación legal ha de modificarse para "recuperar la lógica institucional" de la contratación temporal[46], reconducir las modalidades de contratación temporal a sus causas justificadoras, reducir drásticamente su número, e impedir efectiva y eficazmente ese uso indebido de la contratación temporal acausal; la

[46] J. Cruz Villalón, La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual, DRL, núm. 3, marzo, 2016, págs.. 209 y ss.

segunda es que siendo necesaria una adecuada regulación legal de la contratación temporal para que cumpla las causas que la justifican, la satisfacción de necesidades empresariales estacionales o coyunturales, cae por su propio peso la utilidad de la propuesta teórica del contrato único de indemnización creciente con la antiguedad como fórmula para reducir la elevada temporalidad en España y resolver la dualidad estructural del mercado de trabajo español[47].

3.1. La necesidad de una legislación adecuada, diferenciadora de la contratación temporal institucional causal y eficazmente disuasoria de la acausal, fraudulenta y abusiva

En las conclusiones citadas del Grupo Fide, una vez afirmada "la necesidad de mantener el contrato por tiempo indefinido como modalidad ordinaria y típica del ordenamiento laboral, que proporciona fijeza en el empleo[48], y que puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial voluntario, se propone establecer una divisoria legislativa firme entre la contratación temporal causal y la contratación temporal irregular, acausal y, como tal, fraudulenta y abusiva, que rompe la necesaria correspondencia objetiva entre la temporalidad del trabajo y la del contrato.

La ley debería eliminar los contratos de carácter temporal acausal, que incrementan la atipicidad contractual, la precariedad de las condiciones de trabajo y la inseguridad de los trabajadores, y llevar a los colectivos de trabajadores con mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, por causas discriminatorias que lo obstaculizan o impiden como es el caso de las personas con discapacidad, a la contratación indefinida, en su caso subvencionada.

Debería la ley mantener la existencia de contratos temporales causales que han de atender a necesidades coyunturales, temporales, reales de las empresas, y cuidar su estatuto, sus condiciones de trabajo en pie de igualdad con el trabajo por tiempo indefinido con las particularidades objetivamente y proporcionalmente justificadas por la temporalidad. La ley no puede renunciar a la regulación de los elementos estructurales del sistema de relaciones laborales, entre ellos la contratación temporal, una de las grandes lacras de nuestro sistema de relaciones laborales debida en parte a su regulación inadecuada. La Ley ha de asegurar que, basados los contratos temporales en una causa objetiva, la duración temporal del trabajo sobre el que el contrato versa para atender necesidades empresariales estacionales o coyunturales, la voluntad de las partes se acomode a la relación de

---

[47] J. I. Conde-Ruiz, F. Felgueroso y J. I. García-Pérez, Reforma Laboral 2010: Una primera evaluación y propuestas de mejora, FEDEA, Colección de Estudios Económicos, 01-2011; El fondo de capitalización a la austriaca: costes y beneficios de su implantación en España, FEDEA, Colección de Estudios Económicos, 06-2011.

[48] Por un nuevo marco legislativo laboral…, cit., conclusión núm. 6, pág. 3.

adecuación entre la temporalidad del contrato y la temporalidad de su causa, de la necesidad empresarial a satisfacer.

Siendo de esencia a la causa la temporalidad real de la necesidad empresarial demandante de trabajo, la duración de los contratos ha de ser temporal y no ser superior a dos o tres años, incluso el contrato de interinidad para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo para el ejercicio de derechos constitucionales o de derechos legales con trascendencia constitucional, cuya duración máxima, en caso de ser superada, convertirá al trabajador interino en indefinido sujeto a una causa de despido objetivo que se haría efectiva por la incorporación del trabajador o trabajadora sustituida; una especie de trabajador indefinido no fijo del sector privado, aunque esa condición no resulte del uso abusivo del contrato de interinidad, según la propuesta del Grupo de Expertos sobre la STJUE 14.9.2016, Caso *De Diego Porras*[49]. La extinción de los contratos temporales por el cumplimiento de su causa temporal puede dar lugar a indemnizaciones, sin exclusiones de contratos de duración determinada y con la finalidad de mejorar la calidad del trabajo temporal necesario, su condición de trabajo decente o digno, cuya cuantía habría de ser objeto de debate una vez clarificada la doctrina del TJ en la futura Sentencia *De Diego Porras II*, y en las anteriores sobre los casos *Grupo Norte Facility*, C-574/16, *Montero Mateos*, C-677/16, *Rodríguez Otero*, C-212/17, si efectivamente lo son.

Obviamente, el contrato formativo -o los contratos formativos, de mantenerse el de prácticas- ha de ser necesariamente temporal, para responder a las necesidades de los trabajadores de adquisición de cualificación y experiencia profesionales para el trabajo.

La ley ha de incorporar técnicas adecuadas, efectivas y eficaces de disuasión y control de la utilizacion acausal y abusiva de las modalidades de contratación temporal. Entre ellas, además del mantenimiento de la novación sancionadora de la relación jurídica, convirtiendo en indefinida la temporal acausal, se hace preciso mantener también la regla prohibitiva del encadenamiento de contratos temporales –es, además, exigencia de la cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada incorporado a la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, adaptándola a la realidad de la microcontratación mediante la complementación del criterio del cómputo mensual de la temporalidad sucesiva con el del número de contratos celebrados para determinar la existencia de los supuestos de utilización sucesiva abusiva de contratos de duración determinada por atender a necesidades ordinarias y permanentes de trabajo. Dicha regla, para ser realmente operativa, debería también ser despojada de sus limitaciones de funcionamiento en el empleo público, en las empresas de inserción y en cualquier otro ámbito, sancionándose su

[49] Conclusiones provisionales, cit., págs. 1-2.

inobservancia con la conversión en indefinido del trabajador sometido a esa contratación temporal abusiva y fraudulenta, al no corresponderse con necesidades temporales, sino permanentes, de las empresas y organismos públicos.

Debe también la ley reconocer a los trabajadores "indemnizaciones claramente disuasorias", reales, efectivas y proporcionales al perjuicio sufrido por su contratación temporal fraudulenta y abusiva (en caso de demandas por despido, distintas a las legalmente previstas para el despido improcedente), incluso en concepto de daños punitivos[50], e imponer sanciones administrativas capaces de desincentivar el recurso empresarial a la contratación temporal irregular[51], modificando el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Otras técnicas como la falta de capacidad empresarial para concurrir a la celebración de contratos públicos han de utilizarse igualmente al fin de separar y perseguir eficazmente la contratación temporal acausal de la causal y abusiva. No lo ha hecho así la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público[52]. De un lado, estima incursas en las prohibición de contratar con las entidades del sector público a las empresas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto [art. 71.1.b)]. Sin embargo, la "transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva", es infracción administrativa grave en materia laboral (art. 7.2 LISOS), que se sanciona con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros [art. 40.1.b) LISOS].

De otra parte, la citada Ley de Contratos del Sector Público mantiene la óptica, tradicional de nuestro ordenamiento, de confusión de la contratación temporal causal y acausal, que ha de ser necesariamente superad, al considerar criterio de desempate entre varias ofertas, tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato, en defecto de previsión en los pliegos de contratación, el "menor

[50] J. Cabez Pereiro, Sobre el documento FIDE, DRL, núm. 3, marzo, 2017, pág. 248.

[51] Grupo Fide, Por un nuevo marco legislativo laboral…, cit., conclusión núm. 8, pág. 4.

[52] Por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Con excepciones, la Ley entra en vigor a los cuatro meses de su publicación en el BOE, lo que tuvo lugar el 9 de noviembre de 2018 (disposición final decimosexta, párrafo primero).

porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas" [art. 147.2.b)].

Clara y necesaria es la propuesta del Grupo Fide de llamar a la a ley para "revisar la incoherencia que provoca el uso de la contratación temporal en el sector público y por las Administraciones públicas" con medidas específicas, debiendo tenerse en cuenta la aplicación a dicho sector de la Directiva 1999/70/CE y las decisiones del Tribunal de Justicia[53].

En fin, no puede olvidarse que la contratación es una pieza del sistema de relaciones laborales cuya regulación ha de ser armoniosa con las de otras –la flexibilidad interna, la extinción contractual, el desempleo- para dotar de coherencia y efectividad al conjunto del sistema laboral, sin poder olvidarse la perspectiva de género.

3.2. El papel principal de la negociación colectiva en el diseño de la contratación temporal causal y en el control preventivo de la contratación temporal irregular

Tanto la negociación colectiva sectorial, como la empresarial, han de disponer de un terreno de juego hábil para concretar las causas y/o el número de contratos temporales.

De hecho, la negociación colectiva ya dispone de un espacio de actuación relevante, en el propio artículo 15 del ET, para fijar duraciones máximas de los contratos temporales, identificar los trabajos, tareas y actividades que demandan contratos de esa naturaleza temporal, absolutamente o en proporción a la plantilla de la empresa, establecer requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada para la atención de necesidades permanente empresariales, no ya con el mismo trabajador (regla legal prohibitiva del encadenamiento de contratos temporales), sino con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo, mejorar las condiciones de trabajo y personales de empleabilidad de los trabajadores temporales con el principio de igualdad retributiva y de no discriminación con los trabajadores fijos como principio ordenador, y asumir compromisos de trabajo indefinido y de conversión en contratos indefinidos, especialmente en relación con el o con los contratos formativos.

---

[53] Por un nuevo marco legislativo laboral…, cit., conclusión núm. 10, pág. 5.Vid. M. Rodríguez-Piñero y M.E. Casas, La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a la indemnización por finalización de su contrato por causas objetivas y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones públicas españolas. Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, DFRL, núm. 9, octubre, 2016, págs. 838 y ss

Sin embargo, los convenios colectivos no siempre ocupan los espacios a los que son llamados por el legislador, así en lo que se refiere a la persecución de la rotación sucesiva de contratos temporales[54], o incluso ofrecen regulaciones de la contratación temporal excesivas, superadoras de las modalidades legales, anuladas en ocasiones por los órganos judiciales[55].

Si realmente se avanza hacia un nuevo modelo de regulación de la contratación temporal caracterizado por su lógica institucional propia, que discrimine entre la contratación temporal causal y la fraudulenta y abusiva, la negociación colectiva ha de aprestarse a delimitar aquélla y a prevenir ésta, en colaboración con el legislador[56]. Ha de concretar las causas de la temporalidad, delimitar la duración de la temporalidad, y determinar su utilización, colaborando con la regulación legal en la delimitación de las fórmulas de prevención y disuasión de su uso indebido.

3.3. Un eficaz control ulterior, administrativo y judicial, de la regularidad de la contratación temporal

A tal fin es de innegable relevancia el sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social dotado de medios adecuados para realizar el control eficaz del uso acausal y abusivo, para necesidades empresariales permanentes, de la contratación temporal, en línea con la reforma propuesta del Derecho sancionador en este ámbito.

También lo es, naturalmente, el control judicial, si bien las decisiones judiciales han descendido en los últimos años al disminuir las reclamaciones de los trabajadores ante la precariedad e inseguridad del empleo[57]. La recuperación de la lógica institucional de la contratación temporal clarificará los derechos de los trabajadores temporales y abrirá nuevas vías para la demanda de su tutela judicial.

---

[54] J. Cabeza Pereiro, Sobre el documento FIDE, cit., loc.cit.

[55] STS de 4 de octubre de 2017, núm. rec. 176/2016, caso, impugnación del Convenio Colectivo de recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana.

[56] Grupo Fide, Por un nuevo marco legislativo laboral…, cit., conclusión núm. 11, pág. 5.

[57] No obstante, hay algunas decisiones recientes que merecen ser destacadas: las SSTS de 5 de julio de 2016 (núm. recud. 84/15, caso Ayuntamiento de Valdemoro) y de 2 de febrero de 2017 (núm. rec. 87/16, caso Altadis, SA), sobre el contrato de interinidad; o la STS de 1 de julio de 2017 (núm. rec. 2891/15, caso Universidad de Barcelona), sobre sucesión abusiva y fraudulenta de modalidades contractuales de asociado, colaborador y lector de profesor de Universidad para la cobertura de necesidades ordinarias y estructurales de la Universidad, convertido por el Tribunal Supremo en indefinido no fijo y en objeto de despido improcedente.

DEL DERECHO DEL TRABAJO CLÁSICO AL DERECHO FLEXIBLE DEL TRABAJO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ.

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

"Las técnicas e inventos del momento son tan sólo el traje con el que se reviste cada época, pero no infunden vigor al hombre"
Ralph Waldo Emerson[1]

SUMARIO:

1. LAS TRANSFORMACIONES ESTRUCTURALES Y LA POLÍTICA SOCIAL EN LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

2. EL SIGNIFICADO POLÍTICO JURÍDICO DEL MODELO DE "ADAPTACIÓN" DEL DERECHO SOCIAL A LAS NUEVAS REALIDADES POLÍTICAS, ECONÓMICAS Y DEL EMPLEO.

[1] EMERSON, R.W.: *Confianza en uno mismo,* trad. Pedro Tena, Madrid, Gadir Editorial, 2ª ed., 2010, pág. 70.

1. LAS TRANSFORMACIONES ESTRUCTURALES Y LA POLÍTICA SOCIAL EN LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Existe una percepción de un cambio de época (cambio epocal) en una perspectiva civilizatoria integral, es decir, que afecta a todos los ámbitos de la sociedad: trabajo, cultura, formas de integración social, tecnología, etcétera). Estamos ante una modernidad líquida –frente a la modernidad sólida-[2] marcada por la visibilidad de los "riesgos fabricados" (incluida la globalización de los riesgos civilizatorios) y la incertidumbre de la existencia[3]. Es una era de alteraciones y discrepancias: una época en la que todo (o casi todo) puede pasar, pero en la que nada (o casi nada) puede acometerse con un mínimo de certeza de que se llevará a cabo. Y es una época de crisis instrumentales persistentes y recurrentes[4].

En este contexto no resulta fácil descifrar la realidad. Preside la idea (o la convicción) de que estamos caminando hacia un Derecho postmoderno [o premoderno, quizás en muchos aspectos, dado que hablamos de "mercantilización", "remercantilización", "desindicalización, de robustecimiento/reforzamiento de los poderes unilaterales del empleador]. El Nuevo Derecho Flexible del Trabajo, que desplaza al Derecho del Trabajo clásico del Estado Social en paralelo con la emergencia del "Estado de Mercado" o Estado de competencia económica. Se habla de promesas incumplidas; proyector emancipador de un Estado Social como guardián de las promesas con su constitución democrático-social del trabajo. La metamorfosis –que no es una simple transformación, pues equivale a un cambio histórico de cosmovisiones, imagen del mundo y modos de la existencia humana (un cambio de "naturaleza")- de la forma Estado y de los sistemas jurídicos evidencia el momento de la incerteza de la sociedad contemporánea. Vivimos en un mundo que no está sólo cambiando, sino que se está "metamorfoseando", lo que comporta un cambio cualitativo mediante el cual las viejas certezas de la sociedad moderna –de la modernidad- se desvanecen mientras surgen dimensiones completamente nuevas en todos los ámbitos de la formación social. Para comprender y explicar esta metamorfosis del mundo hay que explorar lo que hay de nuevo, lo que surge y permanece de lo viejo e intentando captar las futuras normas y estructuras que caracterizan a nuestra época[5]. Pero, significativamente, al final del análisis sobre "la metamorfosis

---

[2] BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida,* Buenos Aires, FCE, 11ª reimpresión, 2009, págs. 7 y sigs.

[3] BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad,* Barcelona, Ed. Paidós, 1998, págs. 42 y sigs. ; *Ibid., La sociedad del riesgo global,* Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2002, págs. 29 y sigs., sobre la sociedad del riesgo global en un marco de incertidumbres fabricadas.

[4] BAUMAN, Z.: *Retropía,* Barcelona, Ed. Paidós, 2017, Epílogo, pág. 149.

[5] BECK, U.: *La metamorfosis del mundo,* trad. Fernando Borrajo Castanedo, Barcelona, Ed. Paidós, 2017, págs. 17 y sigs., que considera que el concepto sociológico de "metamorfosis del mundo" hace referencia a una forma histórica, sin precedentes, de cambio global que consta de dos

del mundo, lo que resulta obvio es que el problema de la metamorfosis de la desigualdad es la cuestión clave del futuro"[6]. Pero no se trata sólo –aunque también en la perspectiva estrictamente jurídica- de la igualdad reconocida y consagrada en reglas e instituciones correctas, sino, en relación a ello, de garantizar las realizaciones y conquistas reales, es decir, se trata de garantizar la eficacia real del principio de "justicia social" y de los derechos y capacidades fundamentales; o, por decirlo en palabras de Amartya Sen, se trata de asumir "una concepción de la justicia centrada en realizaciones"[7].

Del futuro del Derecho del Trabajo sólo se puede hablar a partir del presente donde cristaliza el pasado y emerge el porvenir. Por lo demás, el futuro nunca está escrito y sujeto a una evolución espontánea, pues depende de la tensión permanente existente entre la sociedad política democráticamente organizada y de las fuerzas que detentan los factores base de poder.

Se está produciendo una visible degradación del modelo democrático de Derecho del Trabajo y de relaciones laborales en los países desarrollados en general y en los Estados pertenecientes a la Unión Europa, en particular. Hay un continuo deterioro de las condiciones de vida y trabajo de la mayor parte de la población: de los que trabajan (empleo precario que no les libera de la pobreza); y los desempleados (jóvenes y desempleados de larga duración). Reformas sociolaborales explícitas (señaladamente, la llamada "regla de oro": art. 135 CE, subordinación del gasto social a las exigencias del orden público económico) e implícitas o tácitas y mutaciones constitucionales (mutaciones tácitas incluidas, por "suspensión" y "desconstitucionalización" material jurídico-legal de derechos sociolaborales, sin modificación expresa de los textos constitucionales). El aval que han obtenido de algunos Tribunales Constitucionales como el de España (en sentencias que han contado con valiosos votos particulares discrepantes del sentir mayoritario del Alto Tribunal) resulta altamente preocupante con diversas sentencias, que han elevado a canon de constitucionalidad absolutamente preferente la razón económicas sobre la razón social (esto es, sobre la garantía de los derechos sociales, situados en un proceso permanente de reversibilidad en todos los aspectos fundamentales). La coyuntura de la crisis económica ha sido utilizada como fundamento para establecer una situación de excepción tanto en el plano económico como social, de manera que los gobiernos y los legisladores infraconstitucionales la han utilizado como un "justificado motivo" (sic.) para reducir las garantías y los derechos sociales, individuales y colectivos, a fuerzas de vaciarlos de contenido constitucional y considerarlos como de

niveles: el macronivel del mundo y el micronivel de la vida cotidiana; actuando la "sociedad del riesgo como agente de la metamorfosis" (págs. 68 y sigs.).

[6] BECK, U.: *La metamorfosis del mundo*, cit., pág. 219.

[7] SEN, A.: *La idea de la justicia*, trad. H. Valencia Villa, Madrid, Ed. Taurus, 2010, pág. 42.

configuración legal y en consecuencia sujetos a la discrecionalidad del legislador de las "reformas laborales" (reformas del "mercado de trabajo" en la lógica del "Derecho del mercado")[8]. Estas reformas laborales –que han neutralizado los derechos constitucionalmente garantizados- han permitido instaurar un cambio en la correlación de fuerzas en el mundo del trabajo y generalizar un modelo de empleo basado funcionalmente en la competitividad empresarial por la reducción de costes del factor trabajo y en la expansión de la precariedad laboral. Lo que estamos es ante un nuevo modelo de Derecho flexible del trabajo asentado en una intensa *remercantilización* del trabajo, el deterioro de los instrumentos de poder sindical y en una "acumulación por desposesión" de lo público en favor de los intereses y organizaciones privadas.

Se está ante una crisis de identidad del Derecho del Trabajo Clásico o garantista. El Derecho del Trabajo Clásico trató de formalizar las relaciones de poder en el mundo del trabajo, buscando equilibrios entre racionalidades, pero el nuevo Derecho Flexible del Trabajo de orientación liberalizadora está siendo "revisado" y "modernizado" ("Libro Verde" de la Unión Europea sobre la flexiseguridad y políticas de flexibilidad unilateral y de intervencionismo público/estatal de apoyo a los mercados) resituando los equilibrios para fortalecer los poderes empresariales y reducir el protagonismo de los sindicatos y de sus instrumentos principales de acción colectiva como la negociación colectiva y la huelga. Ciertamente, es un hecho la dificultad de las organizaciones sindicales para representar las diversidades actuales del mundo del trabajo, pero también lo es que se asiste en la presente coyuntura a opciones políticas gubernamentales que tienden a marginar, erradicar o excluir a la subjetividad colectiva del trabajo del papel de sujeto político influyente en los procesos de toma de decisiones en materia sociolaboral, que ha venido siendo la posición atribuida y garantizada en la tradición del constitucionalismo democrático-social. La "gubernamentalización" –a la que se aludirá después- implica un "dirigismo político" que tiende a situar en una posición decididamente subalterna a las organizaciones sindicales mayormente representativas. En este sentido la evolución del papel del sindicato como sujeto político en la "coyuntura de emergencia" resulta bien significativa de su pérdida de peso institucional a fuerza de ser apartado por el poder público del proceso de toma de decisiones en materia de índole sociopolítica.

Debe recordarse que entre la crisis económica y el Derecho del Trabajo ha existido siempre una relación asimétrica. En la historia contemporánea la

[8] Esta conceptualización de los derechos sociales como derechos debilitados en el texto constitucional acaba por comprometer seriamente la consideración de los derechos sociales como verdadero derechos subjetivos fundamentales en el marco de la consideración de la categoría de los derechos fundamentales como un todo complejo y heterogéneo. En este sentido, explícitamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 194 y sigs.

crisis económica siempre ha presidido la evolución diacrónica del Derecho del Trabajo, porque este un derecho de la distribución que incide, además, en la producción (derecho de la producción y su organización)[9]. Así lo muestran las reformas llevadas a cabo en los países europeos y en particular en España, donde se han realizado veinticinco grandes reformas laborales (de un total de más de cincuenta reformas laborales) desde la publicación originaria del Estatuto de los Trabajadores (1980) hasta la versión actual (RD.-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). Todas ellas, en términos generales, presididas por la máxima de la flexibilidad laboral, en distintas gradaciones y con diversas técnicas de instrumentación jurídica. Esto ha determinado que el Derecho del Trabajo, en su intrínseca historicidad, se haya mostrado como un *Derecho cíclico,* que sufre procesos de intensa adaptación y que "renace" continuamente de sus cenizas cuando todo parecería apuntar a la "tabula rasa".

No es baladí hacer notar que se trata de una crisis extralaboral, por lo cual no hay base alguna para culpabilizar al Derecho del Trabajo y al Estado Social de Derecho. El ordenamiento laboral no ha sido un factor determinante de la crisis, más bien ha tratado de "amortiguar" socialmente sus efectos. Pero la creación de empleo no depende de esta disciplina sino de una política económica realmente orientada al pleno empleo de calidad en el marco de un modelo productivo innovador y de crecimiento responsable (v.gr., artículos 40 y 35 de la Constitución Española). La eficacia social es eficacia económica (es decir, el ensamblaje de la "eficacia socio-económica"). Sin embargo, la "culpabilización" del Derecho Social del Trabajo se sigue utilizando interesadamente por razones ideológico-políticas (aunque esa imputación esté desprovista de toda base empírica y científica). La crisis económica se aduce como un exponente de la supuesta falta de flexibilidad jurídica e institucional y un fundamento para llevar a cabo nuevas reformas laborales de urgencia para revisar las estructuras del mercado de trabajo y "liberarlas" del corsé que ha venido suponiendo la desmercantilización parcial del trabajo asalariado y del conjunto de las garantías sociales que integran los "bienes comunes".

El Derecho Social del Trabajo se encuentra –por el momento- en un proceso de ciclo largo de reforma permanente en un sentido inequívocamente liberalizador. La legislación *"aluvional"* y pretendidamente de urgencia (el reclamo a las razones de urgencia y a sus instrumentos técnicos, las autocalificadas "leyes

[9] SINZHEIMER, H.: "El perfeccionamiento del Derecho del Trabajo (1922), en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo",* trad. Felipe Vázquez Mateo, 1984, pág. 64; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: La crisis económica, en *Revista de Política Social,* núm. 143 (1984), págs. 15 y sigs.; y reproducido después en *Derecho del Trabajo y razón crítica,* Salamanca, 2004, págs. 29 y sigs.

de excepción") lo evidencia de forma visible. Es así que el Derecho del Trabajo se halla, nuevamente, sujeto a un intenso proceso de cambio cualitativo, a cuyo final –que no se atisba todavía- algo es ya seguro: surgirá un nuevo Derecho más liberalizador, flexible y diversificado en todos sus ámbitos y contenidos. No se vislumbra todavía un modelo sociedad (¿del trabajo?) "estabilizada" y por ello no se puede pretender la obtención de "un" modelo jurídico estable. El proceso es inacabado y lo más significativo sea quizás el hecho mismo de que la contingencia y la improvisación se hayan instalado en el Derecho Social, en sus instituciones y en sus estructuras normativas[10].

Las reformas actuales (¿sociales?[11]) no sólo reducen el garantismo jurídico-social, sino que simétricamente conllevan, en el plano político jurídico, más "*gubernamentalidad"* (y en esa lógica de "gubernamentalización"), que, además, pretende cerrar el paso a la racionalidad judicial (en un cierto redescubrimiento paradójico del positivismo legalista, de reducción del margen de discrecionalidad judicial…)[12]. La "gubernamentalidad" en el momento actual remite al dirigismo gubernamental y al incremento del papel del poder ejecutivo en la toma de decisiones de contenido sociolaboral. La gubernamentalidad se acentúa en el tipo de intervencionismo de "gobernanza suave" de la UE (y atendiendo a la propia estructura intergubernamental de las instituciones políticas de la UE). Todo esto *incide en el tipo de instrumentos normativos de intervención, regulación y control que se utilizan* (Señaladamente, como se dirá después, RD.-Ley, deslegalización, desregulación legislativa, expansión de las normas de Derecho necesario absoluto, etcétera). A veces se oculta tras el "Derecho blando" el incremento deliberado del papel de los poderes económicos privados, destinatarios de facilidades otorgadas por los poderes públicos. "Gubernamentalización" no tanto "de facto", propiamente, como "de iure". En contraste cabría retener la vigencia formal del Bloque constitucional laboral (artículos 9.2, 35.2, etcétera), en relación con el propio art. 3 del ET, que quieren reforzar el "principio de legalidad", pero igualmente quieren impedir la "gubernamentalización" del sistema normativo regulador de las relaciones laborales propia de sistemas totalitarios y autoritarios de todo tipo.

[10] Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Comares, 2017, págs. 2013 y sigs.

[11] Es más que probable verificar una substracción del lenguaje que se utiliza al servicio de otros intereses que llevaría, de suyo, incorporada la palabra "sociales", la cual remitiría en la tradición clásica del constitucionalismo democrático-social a la "idea social" y al principio de "justicia social".

[12] En una perspectiva de Derecho vivo judicial la discrecionalidad y la racionalidad son inherentes. Ya clásicamente, DE DIEGO, CL.: *La creación judicial del Derecho,* edición y estudio preliminar, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2016.

En este orden de ideas importa subrayar el trasfondo político-ideológico y economicista subyacente a las decisiones de política del Derecho. Denuncia Jürgen Habermas, un filosófico partidario de la ideología socialdemócrata reformista, "el Gobierno de los Banqueros"[13]. Habermas observa una "disolución" de la política democrática en la conformidad con los mercados, que "puede explicar la desvergüenza con la que los representantes del Gobierno federal alemán, niegan su corresponsabilidad política en las devastadoras consecuencias sociales que han aceptado, en tanto que líderes de opinión en el Consejo Europeo, como consecuencia de la imposición de un programa neoliberal de austeridad" y de control del gasto público social y flexibilidad laboral[14]. Se aplica una concepción neoliberal de la economía y de la preferencia de valores en la sociedad, optando por la primacía de los valores del mercado y la lógica de la racionalidad económica. Pero sin renunciar al gobierno público de la economía, ahora en la forma de "gobernanza económica" y de nuevas formas de "capitalismo asistido".

En cierta medida se puede decir que el Derecho del Trabajo en su versión de "Derecho del empleo" en el fondo ha estado al servicio de la política económica. El último ciclo de reformas laborales han hecho explícito un juicio de reproche sobre la inadecuación del marco jurídico-institucional del Derecho del Trabajo y su supuesto ineficiencia para asumir su clásico función de equilibrio entre en la racionalidad social y la racionalidad económica. Se le reprocha que no sea capaz de hacer frente a las nuevas formas de organización y colaboración interempresarial ni a la nueva geometría variable de las formas de trabajo en la empresa flexible y las consiguientes dificultades de estandarización productiva y de trabajar[15]. Se

[13] HABERMAS, J.: *"El Gobierno delos Banqueros",* en el periódico *El País,* domingo 28 de junio de 2015, Tribuna Internacional, págs. 8-9.

[14] En el mismo sentido BECK, U.: *Una Europa alemana,* Ed. Paidós, Buenos Aires, 2012. legitimidad democrática de los países europeos se ha visto dañada por la toma de decisiones de políticas de austeridad desde una Unión Europea dominada por Alemania. Se intensifica en este contexto la tensión entre los que quieren más Europa y los defensores del Estado nacional. El riesgo alimenta la necesidad de una nueva Europa al mismo tiempo que intensifica el conflicto entre los "arquitectos de Europa" y los "ortodoxos del Estado-nación". No es de extrañar la tentación hacia una mayor "re-nacionalización" de ciertas políticas. Frente a ello es necesario avanzar decisivamente en el proceso de democratización de la Unión Europea. Pero es necesario abordar y superar el actual déficit democrático de la actual estructura institucional europea, el cual radica en que, desde el punto de vista de los individuos, en el Parlamento europeo no se decide nada relevante para el presente y el futuro de la Unión. Para recuperar y mantener viva la democracia europea, Beck opina que los ciudadanos deben apropiarse conjuntamente del proyecto de construcción de una Europa verdaderamente unida. Y para lograr semejante nivel de implicación se necesita establecer un nuevo contrato social europeo que vaya más allá de los límites impuestos por los Estados nacionales. Al respecto, afirma que, este nuevo contrato deberá basarse en los valores fundamentales que han caracterizado a la Europa de postguerra: libertad, igualdad, seguridad social y democracia.

[15] Respecto a las nuevas formas de empleo y la incidencia de las nuevas tecnologías y la digitalización, véase CASAS BAAMONDE, M.E.: "El Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de trabajo", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 7 (2015), págs. 709 y sigs.; OJEDA AVILES,

arguye que la modernización del ordenamiento laboral ha de pasar por ser un mecanismo flexible de organización y uso del factor al servicio de las exigencias de los mercados. De este modo se postula la colonización interna del Derecho del Trabajo por las categorías y lógicas de racionalidad económica y la asunción de los principios y valores del mercado bajo las actuales condiciones del orden y cultura del capitalismo tardío.

En este sentido, el Derecho del trabajo dejaría atrás su vocación histórica de ser una legislación de compromiso político social[16]. Finalidad principal del Derecho del Trabajo es la de constituir "un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo"[17]. Dejaría de ser lo que sería coherente con la forma de Estado Social cuyo programa expresa (paradigmática, el bloque constitucional integrado por los artículos 1, 9.2, 7, 28, 35, 37, 40, entre otros de la CE), es decir, un Derecho transaccional y compensador de las diferencias de poder y de las desigualdades existentes en el mundo del trabajo. Su "nueva" función es flexibilizar las relaciones de trabajo y garantizar las bases de un correcto funcionamiento del orden público económico y la expansión de las libertades económicas de los empresarios. De este modo, se invierte su función político jurídica originaría dando lugar a una "heterogonía de los fines" maxweberiana[18]. La esencia del pensamiento neoliberal contemporáneo no es tanto acabar con el Derecho del Trabajo, como en redefinirlo desde una nueva reorientación economicista, desnaturalizándolo tal como hasta ahora lo conocíamos.

Interesa atender a las causas de las transformaciones y las consecuencias sobre el Derecho del Trabajo y su futuro, que con toda seguridad se está viendo ya profundamente cambiado. Ello permitirá comprender también los retos a los que se enfrenta cualquier alternativa de renovar ese sector del ordenamiento jurídico en la tradición civilizatoria propia del constitucionalismo democrático-social. En condiciones de *globalización neoliberal* resulta muy significativo que

---

A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. La Ley, 2010, págs. 75 y sigs., y 351 y sigs.; MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, págs. 79 y sigs. Pero también resultan interesantes las reflexiones anticipadoras realizadas por GOZR, A.: *Metamorfosis del trabajo. Búsqueda del sentido. Crítica de la razón económica* (1991), trad. M-C. Ruiz de Elvira, Madrid, Ed. Sistema, 1995, págs. 25 y sigs., y 233 y sigs.

[16] SCELLE, G.: *Précis* Élémentaire *de Législation industrielle,* París, Recueil Sirey, 1927, para el cual la legislación social es una legislación de compromiso y en sus orígenes –en su ADN, diríamos ahora- es una "legislación de clase" (*Ibid*., págs. 1 a 3).

[17] KAHN-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho,* trad. Jesús Galiana Moreno, Madrid, MTSS, 1987, pág. 52.

[18] Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica,* Barcelona, El Viejo Topo, 2013.*Crisis económica y derecho del trabajo,* Madrid, MTSS/IELSS, 1984, pág. 73.

hecho constatable de que las reformas que se están produciendo en diversos países vayan en la misma dirección y orientación en lo principal (neutralización o "desconstitucionalización" jurídico-material de las garantías constitucionales de los derechos sociales fundamentales; flexibilidad y liberalización travestidas de "flexiseguridad"; individualización; devaluación salarial; desmantelamiento del poder sindical y de sus instrumentos de acción colectiva; incremento de los poderes empresariales en el ámbito de las relaciones laborales; un Derecho del Trabajo visiblemente desnaturalizado al servicio de la economía y de las necesidades de rentabilidad de las empresas, etcétera).

Hablamos de "remercantilización" del trabajo. No en vano, la Declaración de Filadelfia, relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (adoptada el día diez de mayo de 1944) reafirmaba como una de sus principios fundamentales de "justicia social" que "el trabajo no es una mercancía". Autores como Karl Polanyi, señalaban –con apoyo en el pensamiento de Karl Marx- que el trabajo no ha nacido ni ha sido producido para la venta, por lo que es totalmente ficticio describirlos como mercancía. Por ello podía reflexionar, en coherencia, que "permitir que el mecanismo del mercado dirija por su propia cuenta y decida la suerte de los seres humanos y de su medio natural, e incluso que de hecho decida acerca del nivel y de la utilización del poder adquisitivo, conduce necesariamente a la destrucción de la sociedad"[19]. Y esto es así porque la pretendida mercancía denominada "fuerza de trabajo" es inseparable de la persona que trabaja, comprometiendo en ello toda su personalidad. Entre los iuslaboralistas Sinzheimer había subrayado que "quien presta trabajo no da ningún objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo. El trabajo es el hombre mismo en situación de actuar"[20]. De manera que una de las funciones típicas del ordenamiento laboral ha consistido en limitar ese poder, tras legitimarlo ciertamente. Es la dependencia o subordinación una relación de poder; una relación de sometimiento jurídico que limita su esfera de libertad[21]. Y ulteriormente en un bello libro, *Si son humanos no son recursos*[22], se ha señalado que "el trabajador es un sujeto. El recurso es un instrumento"; y precisamente "la distancia entre trabajadores y recursos humanos es la que va de una sociedad preocupada por las personas a una interesada por las cosas". Si los trabajadores son considerados como recursos comienzan a perder su cualidad

[19] POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico,* Madrid, Ed. de La Piqueta, 1989, págs. 121 y sigs., en particular págs. 128-129.

[20] SINZHEIMER, H.: "La esencia del Derecho del Trabajo" (1927), en *La crisis económica y el Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo,* trad. de F. Vázquez Mateo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984.

[21] FREUND, K.: *Trabajo y Derecho,* Madrid, MTSS, 1987, págs. 45 y sigs.

[22] ACKERMAN, M.E.: *Si son humanos no son recursos. Pensando en las personas que trabajan,* Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1996, págs. 28 y sigs.

diferenciadora, la condición humana[23] y una apertura hacia la mercantilización de los seres humanos. Se cosifica a las personas que trabajan, cuando el trabajo es inseparable de la persona que los presa. Pero el lenguaje a menudo resulta legitimador del uso mercantilizazador de las categorías jurídico-económicas. El lenguaje "ideologizado" que se utiliza es significativo por su penetración y colonización interna hegemónico-cultural: la misma noción empleado frecuente en los textos legales (y normas colectivas) de "mercado de trabajo" incorpora una lógica mercantilizadora de la posición del trabajador, pues con ello se cosifica a la persona que es "oferente de su propia fuerza de trabajo", cuando la fuerza de trabajo es inherente e inseparable de su propia personalidad. Otro tanto se podría decir de conceptos economicista que conducen a una visión mercantilista del trabajo humano como la de "capital humano", que por más que se pretenda precisar en términos subjetivizadores no puede ignorar su procedencia e implicaciones mercantilizadoras.

El hilo conductor de estas reflexiones es la consideración de la preeminencia de la "justicia social" sobre las exigencias de la eficiencia económica y la llamada "justica del mercado". Pero en el bien entendido de que el Derecho del Trabajo (que intenta contribuir a la realización de la "justicia social") es compatible con la eficiencia económica al servicio del hombre en sociedad. Ello conduce a la desmercantilización del trabajo como objetivo de la política social y jurídica contemporánea[24]. La idea de "justicia social" es realzada en la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una globalización equitativa (adoptada por la Conferencia Internacional del trabajo, Ginebra, 10 de junio de 2008), reafirmando los principios constitutivos de la OIT y vinculándola expresamente a la noción de "trabajo decente" y al principio fundamental de la dignidad de la persona humana, esto es, en la lógica propia de la tutela de los derechos fundamentales de la persona. Y contempla a la persona no aislada, sino socialmente situada[25].

---

[23] ARENDT, H.: *La condición humana* (1958), Barcelona, Ed. Paidós, 1993, págs. 21 y sigs., y 97 y sigs.

[24] MONEREO PÉREZ, J.: "La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de 'desmercantilización'", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 19 (1995); *Ibid*., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 17 y sigs., y 45 y sigs.; *Ibid*., *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España,* Madrid, Ed. Trotta, 1999, págs. 191 y sigs.; GALLINO, L.: *Il lavoro non è una merce*. *Contro la flessibilità,* Roma-Bari, editori Laterza, 2007, págs. 57 y sigs.; GRANDI, M.: "El trabajo no es una mercancía: Reflexiones al margen de una fórmula para volver a meditar", en *Evolución del pensamiento juslaboralista*. *Estudios en homenaje al Prof*. *Héctor-Hugo Barbagelata,* Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria (FCU), 1998, págs. 189 y sigs.

[25] "El derecho social reposa sobre una modificación estructural de todo el pensamiento jurídico, sobre una nueva concepción del hombre; el derecho social es un derecho que se dirige no al individuo sin individualidad, despojado de su especificidad, ni al individuo considerado como aislado y disociado, sino al hombre concreto y socializado. Sólo cuando el derecho envuelve un tal aspecto del hombre es que aparecen las diferencias entre poder e impotencia sociales, cuyo examen determina la marca evidente del derecho social". Cfr. RADBRUCH,G.: "Du droit individualiste au

Es inevitable partir del contexto de la globalización y de la presente coyuntura de crisis económica estructural, en la época actual de capitalismo desbocado (y "organizado" a la manera neoliberal que lo hace pivotar sobre el rechazo de la "justicia social" y el primado de una competencia generalizada a través de políticas públicas activas de carácter neoliberal que instauran y promueven u nuevo ordenamiento jurídico de las actividades y relaciones de base económico, incluidas aquellas cuyo objeto es el trabajo entendido como actividad), con un desarrollo desequilibrado orientado al mercado y la reducción de la acción política y la regulación jurídica moderna al principio de mercado. Más allá de la retórica al uso, esta centralidad del mercado ha puesto en cuestión la consideración del Derecho como instrumento de civilización de las relaciones de poder y de la transformación social democráticamente legítima. El periodo actual es un periodo de transición, en el cual los momentos de destrucción (que predominan) y los de creación se suceden unos a otros a un ritmo extraordinario sin dejar, todavía, tiempo para momentos de estabilización y consolidación significativa. En ese contexto, lejos del pesimismo cínico (crítica de la razón cínica) hay que afirmar, haciendo valer la ética de la responsabilidad, de la convicción y de la autenticidad del jurista crítico (que no son incompatibles, porque pueden conciliarse dirigiendo la acción), que si el futuro no está escrito inexorablemente, es necesario preocuparse por estos asuntos rememorando y poniendo en práctica lo que siempre ha sido el sentido de la "lucha por el Derecho" en el orden democrático emancipador.

Se está ante una fase de capitalismo global, y el capital y las grandes empresas que operan y hacen valer su poder a escala global tienden a sustraerse al control de la política democrática (aunque, visiblemente, no respecto a toda política de intervención pública *orientada a su favor*). Este es el nuevo escenario del poder en Europa, con una mutación –un viraje- en las relaciones entre el poder público y el mercado en un sentido de racionalidad instrumental completamente distinto al que era configurado en el marco del constitucionalismo democrático-social, porque sitúa en dependencia jerárquica y hegemónica al poder público respecto al mercado.

El fenómeno de la globalización –como proceso no sólo económico no espontáneo o natural, sino constitutivamente político- plantea nuevos retos a la tradición del constitucionalismo social y su forma política, el Estado Social de Derecho, tanto a nivel de los Estados nacionales como en su propuesta de extensión a

---

droit social", en *Archives de Philosophie du Droit et Sociologie,* Cahiers III-IV, 1931, pág. 388. En el mismo sentido, GURVITCH, G.: *La idea del Derecho Social,* edición, traducción y estudio preliminar, "La idea del Derecho Social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV), a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005, págs. 19 y sigs.

la Unión Europea, como un nuevo espacio geopolítico definido. El poder (político y socio-económico) adquiere dimensiones transnacionales y no es absolutamente independiente de las grandes potencias estatales. Dominan el escenario mundial las grandes potencias estatales (es decir, un reforzamiento de la soberanía de los Estados de potencia mundial) y los grandes poderes económicos transnacionales. Se debate sobre la necesidad de un nuevo orden internacional ante el declive relativo de las soberanías nacionales y sobre la construcción de formas de constitucionalismo supranacionales para hacer frente a nuevo contexto de economía globalizada. Se habla de la crisis del Estado, de crisis de la soberanía nacional y de la crisis de la democracia en la era de la globalización. Se habla igualmente de un constitucionalismo supranacional, más allá del Estado, que entraña la ruptura del esquema clásico –y tradicional- Estado nacional/Constitución. También de la contraposición entre un constitucionalismo "débil" y un constitucionalismo democrático-social "fuerte" y garantista.

El proceso de integración europea es bien significativo de las aporías en la que se encuentran hoy inmersos los conceptos fundamentales de la teoría política y jurídica y del predominio de las "realidades constitucionales" sobre sus formalizaciones jurídicas. La impresión general es que prácticamente todas las categorías fundamentales de la ciencia política, del Derecho Social del Trabajo y del Derecho Constitucional *están siendo puestas decididamente en cuestión* en la era de la globalización. Lo que puede hacerse extensivo a prácticamente todas las disciplinas de las ciencias sociales.

El mismo proceso de integración europea no es, evidentemente, ajeno a esta nueva fase de la mundialización. Hunde sus raíces, como se sabe, en un complejo de causas diversas, pero la Unión Europea se ve inmersa –mostrando una gran impotencia- en un entorno profundamente cambiado desde los orígenes de la construcción del proyecto europeo. Ese nuevo espacio político y jurídico hasta el momento sólo ha sido capaz de ofrecer una respuesta insuficiente ante la globalización y la exigencia de reforzar el sistema democrático y los derechos sociales de ciudadanía consustanciales a la tradición europea del constitucionalismo democrático-social. Un Derecho Social "europeo" débil, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo. Es más: desde la Unión Europea se propicia, hoy por hoy, un desplazamiento de la forma o tipo de Estado, en la dirección de instaurar un "Estado de Mercado".

Se comprenderá, pues, que la crisis de la Unión Europea no es sólo una crisis económica, sino ante todo y más precisamente una crisis político-institucional y de valores fundamentales. Todos los derechos fundamentales *sin excepción* son la cristalización de valores sobre los que se construyen las sociedades democráticas. Todo contrato social para Europa tendrá que partir de su necesario respeto. El modelo de construcción europea ha de ser nuevamente discutido y diseñado, pues

de lo que se trata es de evitar el hundimiento de los valores del constitucionalismo democrático-social europeo. El Parlamento Europeo y Comité Económico y Social Europeo han advertido que "la crisis financiera y económica ejerce una *presión negativa considerable sobre los derechos sociales fundamentales*. Los pactos, planes de recuperación y otras medidas emprendidas por la Unión Europea o los Estados miembros no pueden en ningún caso violar los derechos sociales fundamentales, tales como el derecho a la información y a la consulta, a la negociación colectiva y a imponer demanda colectiva respetando la total autonomía de los interlocutores sociales, ni menoscabar los servicios públicos y sociales. Al contrario, deben respetarlos y promoverlos"[26].

Ha sido, éste, un contexto favorable para operar verdaderas mutaciones tácitas y, en menor medida, reformas (en sentido técnico) explícitas de los textos constitucionales (y no sólo metamorfosis en las realidades constitucionales), en el marco de una situación materialmente de excepción –en los planos económico y político social- no declarada que sobrepasa las fronteras de los Estados nacionales. Ciertamente, el constitucionalismo social presupone una decisión constitucional fundamental sobre los principios y valores a perseguir, haciendo primar la razón de la sociedad sobre la razón de la economía, buscando un equilibrio entra ambas lógicas. Y cabe realzar que esto está siendo profundamente cambiado, porque se viene produciendo una ruptura del constitucionalismo del Estado Social. Esa ruptura resulta singularmente expresiva ante la manifiesta tensión contradictoria que se aprecia entre el constitucionalismo democrático-social que edificó el Estado Social y el surgimiento de la nueva realidad constitucional de la integración, donde la constitución social europea (que sí define un modelo económico europeo) se instala como la nueva constitución material y desde ella se procede a la construcción de la Unión Europea. Estamos ante una fase de transición en las formas de organización políticas de la sociedad.

Ciertamente, parece que la Unión Europea está percibiendo la insuficiencia del marco actual y las consecuencias políticas (crisis de legitimación) y sociales (fractura y desigualdad sociales y ruptura del pacto social-democrático sobre "justicia social") de las políticas liberalizadoras y de flexibilidad laboral defensiva, pues pretende establecer un "pilar europeo de derechos sociales"[27]. Pero este mecanismo es insuficiente para garantizar una verdadera dimensión jurídico-social europea[28]. En principio, el establecimiento de un pilar de derechos merece

[26] Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Comunicación de la Comisión: Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea" [COM(2010) 573 final] (2011/C 376/14)].

[27] COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES: *Apertura sobre un pilar europeo de derechos sociales,* 8.03.2016, COM(126) final.

[28] MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "El pilar europeo de los derechos so-

una valoración positiva, dado que implica volver a dar cierto protagonismo a la, un tanto olvidada, cuestión social europea y además puede contribuir a proporcionar el acervo social existente. Sin embargo, se trata de un mecanismo insuficiente y de alcance limitado en cuanto a la posibilidad de que pueda funcionar como contrapeso de las políticas, instrumentos y dispositivos que conforman la denominada como constitución económica. Hay que apostar por un constitucionalismo social europeo fuerte en el sistema de los Tratados de la Unión, es decir, ir más allá de un pilar. Es necesario transitar de una declaración o recomendación hacia la garantía efectiva (normativa) de los derechos en la constitución social de los Tratados de la Unión. Se trata de incorporar con todas sus consecuencias la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dotando a los derechos de fuerza vinculante bilateral y su desarrollo a través del derecho europeo derivado con normas armonizadoras flexibles: instaurar un zócalo garantizador de un estándar de derechos fundamentales (incluidos ante todo los de contenido eminentemente social). La experiencia jurídico-política de la "des-construcción" actual del Derecho del Trabajo clásico o garantista evidencia la imperiosa necesidad de implantar un constitucionalismo social europeo fuerte *dentro* del mismo Sistema interno de los Tratados de la Unión. Un paso todavía muy modesto, en este sentido, es al que parece apuntar muy tímidamente la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea* [(COM(2017) 797 final-SWD(2017) 478 final/Bruselas, 21.12.2017 SWD(2017) 479 final]. En ella se indica, en efecto, que "la finalidad de la presente Directiva es mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una seguridad y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral" (art. 1.1). Añadiendo seguidamente que "La presente Directiva establece los *derechos mínimos* aplicables a todos los trabajadores de la Unión" (art. 1.2).

En una perspectiva más general –y por el momento- es constatable un cambio tendencial desde el Estado Social hacia un "Estado de competencia" económica (o Estado Social Postfordista), haciendo referencia a la forma de Estado emergente dentro de una nueva estrategia de acumulación. Ese "Estado de Competencia" o "Estado competitivo" ("Estado de mercado") tiende a desplazar gradualmente al Estado Social propio de la Era del constitucionalismo democrático-social. En esta forma de Estado emergente adquiere una especial centralidad los objetivos de modernización y competitividad estructural de las economías abiertas, esencialmente a través de la intervención en el lado de la oferta; y asimismo la subordinación de la política social a las exigencias de flexibilidad de

---

ciales: Un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social", en La Ley Unión Europea, núm. 49 (2017); RAMOS QUINTANA, M.: "El pilar europeo de derechos sociales: la nueva dimensión social europea", en *Revista de Derecho Social,* núm. 77 (2017).

los mercados laborales y de competitividad de las empresas. Es un "Estado de Competencia" nacional (y, al menos en Europa, supranacional). Destáquese que el rasgo característico de los "Estados de Competencia" es la asunción del compromiso activo preferente en el fomento de la competitividad de sus economías ante la intensa competencia en el ámbito de la economía global.

Los cambios estructurales producidos en los países desarrollados y los procesos de reforma política y legislativa del Estado social contemporáneo han supuesto la emergencia de un nuevo fenómeno acotado bajo la denominación de la *"nueva cuestión social"* (en gran parte superpuesta a la tradicional derivada de los conflictos entre clases en las sociedades industriales), que hace referencia ahora también a un conjunto de "problemas" derivados no ya tanto de la industrialización y de la organización jurídico-política de la sociedad industrial, sino más precisamente de la crisis de la sociedad del trabajo y del problema de la exclusión social. Un conjunto de problemas (paro, pobreza, marginación...), que no cabe residenciar ni conectar necesaria ni principalmente con la relación salarial (bajo el esquema de las relaciones capital-trabajo), sino con la "subclase" o "infraclase" privada de los beneficios inherentes a la ciudadanía social (pero también la política y la civil general). Si la "vieja" cuestión social se planteó respecto a las consecuencias de los procesos de liberalización económica y jurídica e institucional nacida de la "gran transformación" que afectó a la vida económica y la consideración del trabajo como "mercancía ficticia"; la "nueva" (situaciones de nueva pobreza y exclusión, diversidad de las situaciones sociales e individualización de lo social; surgimiento de un nuevo proceso de estratificación social denominado "infraclase" o "subclase"; el nuevo concepto de trabajo y trabajador, es decir, la crisis y "dilución" de la condición de subordinación que ya no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo asalariado) deriva de procesos estructurales relacionados con la desindustrialización y la crisis del trabajo para abarcar también los cambios culturales y de las orientaciones de política del Derecho: surgimiento de los valores post-materialistas y renacimiento del individualismo posesivo e insolidario, unido al creciente descompromiso social de los poderes públicos.

En este contexto, el Derecho del Trabajo actual (de "transición") es un sistema de Derecho desequilibrado, donde tiende a predominar el principio de eficiencia económica (y con ello el de libertad de empresa elevada a la última "potencia"). Ese nuevo Derecho flexible del Trabajo formaliza jurídicamente una nueva "constitución flexible del trabajo"[29]). El modelo de regulación

[29] MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996; *Ibid.,El Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996; *Ibid.*, "Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible

legal, disperso y flexible, no se acomoda al modelo garantista diseñado en la Constitución. Existe una cierta desatención del legislador de su obligación de garantizar la efectividad de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito del mercado de trabajo y de la relación de trabajo. Los derechos fundamentales juegan un papel esencial en la "legitimación de la legalidad". El Estado como instrumento protector de los derechos de ciudadanía, contemplando al trabajador como un ciudadano, lo cual exige un estatuto jurídico al que se reconduce el conjunto de los derechos de ciudadanía social[30]. La opción de política del Derecho actual no permite equilibrar los principios subyacentes al Derecho social del Trabajo. No permite proteger satisfactoriamente los derechos sociales ni los valores y derechos extra-patrimoniales de la persona que trabaja. Los temores no son infundados, como ha quedado acreditado en la experiencia jurídico-política. En gran medida la legislación favorece al principio de favor hacia la empresa, más que, desde luego, al principio de protección. El nuevo modelo de Derecho del Trabajo, diversifica patológicamente los "estatutos del trabajo" reduciendo los niveles de tutela, y diferenciando entre un "Derecho de los fuertes" (mercado primario) y un "Derecho de los débiles" (mercado secundario regulado a través de un Derecho de mínimos de protección). Se hace más funcional a las exigencias de la racionalidad económica. Con todo, el Derecho del Trabajo no desaparece se remodela internamente conforme a las nuevas prioridades o preferencias de política del Derecho flexible, y en coherencia interioriza en su racionalidad jurídica la racionalidad económica.

El proceso de remodelación del sistema del Estado Social (incluido, en términos generales, el proceso de reformismo social llevado a cabo en nuestro país desde la década de los noventa) se viene traduciendo en una reducción del potencial desmercantilizador de las políticas sociales, produciéndose una mayor dependencia de los trabajadores respecto al mercado ("remercantilización"), tanto en la esfera propiamente de las relaciones laborales como en el cuadro de los sistemas de protección social. Desde este enfoque, la calidad de los derechos sociales ha quedado sensiblemente mermada y, asimismo, los espacios de libertad real de que disfrutan los trabajadores (y que sólo se garantizan efectivamente mediante el reforzamiento de los grados de inmunidad frente a la relación de mercado). En la adaptación del Estado Social a las exigencias de funcionamiento de la economía y a la lógica de los mercados, se detecta un progresivo desplazamiento del modelo de Estado del Social "institucional" hacia el Estado "marginalista" (en el que tiende a prevalecer el mercado a expensas de

---

del trabajo", en VV.AA.: *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Rodrigo Martín Jiménez, Antonio Vicente Sempere Navarro (Coords.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[30] MONEREO PÉREZ,, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 27 y sigs., y 159 y sigs.

las políticas y sistemas públicos). Ese "plegarse" a la lógica del mercado puede crear la falsa apariencia de realidad de que los mercados no están penetrados constitucionalmente por la regulación realizada por el poder público.

El Derecho Flexible del Trabajo (formalizador de la constitución flexible del trabajo) supone una ruptura del Derecho Social del Trabajo Clásico garantista (la constitución del trabajo) del Estado social. El modelo se consolida con las reformas legales del mercado de trabajo de las últimas décadas. Estas reformas suponen un cambio de modelo normativo de Derecho del Trabajo, introduciendo una mutación legal de la constitución social y de su programa normativo. El Derecho del Trabajo aparece como un Derecho "invertido" respecto a las previsiones constitucionales, sin que formalmente se haya procedido a una reforma constitucional en los términos previstos en el propio texto constitucional. EL Derecho del Trabajo se hace más unilateral y desequilibrado, en la medida en que se subraya su condición de instrumento regulador del mercado respecto a su papel de garante de derechos sociales de la ciudadanía. El Derecho del Trabajo del constitucionalismo democrático-social había tratado, por el contrario, de equilibrar los principios del mercado (lógica económica) y de protección social (lógica social o razón social). La fundamentación "mítica" e ideológica es explicitada en las leyes de reforma cuando se hace referencia al fenómeno de la globalización, el cambio tecnológico (la sociedad de la información; la era de la información)[31], competitividad internacional, la exigencias de flexibilidad y adaptabilidad de las empresas, etcétera.

El Derecho del Trabajo clásico del Estado social es calificado (o, más propiamente, "des-calificado" ahora) de Derecho rígido e ineficiente e incluso "unilateralmente favorable" (cuando nunca ha tenido ese carácter unilateral, la legislación laboral siempre ha sido una legislación de compromiso entre el pluralismo

[31] Los cambios tecnológicos siempre han influido en la dinámica del Derecho del Trabajo, sin que ello suponga aceptar en absoluto ninguna suerte de determinismo tecnológico. Puede consultarse HYMAN, R. y STREECK, W. (Comps.): *Nuevas tecnologías y relaciones industriales,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, espec., págs.35 y sigs. Se critica el enfoque tradicional en torno al vínculo entre las relaciones industriales y el cambio técnico que considera a este último como un factor exógeno que influye sobre las primeras desde el exterior –considerándose el interior esencialmente en términos de un subsistema social semiautónomo en el modelo pluralista-funcionalista. Como resultado, la dirección y la esencia del cambio técnico aparece como independiente de las instituciones sociales que regulan el intercambio entre capital y trabajo. Las relaciones industriales, tanto en la teoría como en la práctica, quedan limitadas a la introducción de estrategias empresariales de cambio técnico y como si nada tuvieran que ver con su concepción. Esto permitir legitimar el reforzamiento de la exclusión del trabajo en las sociedades de capitalismo avanzado de las decisiones industriales importantes, como son las de la tecnología. Por otra parte la tecnología (y el cambio tecnológico) en sí misma no determina la estructura industrial, sino que más precisamente ofrece opciones entre las que la dirección de la empresa, los sindicatos y los responsables industriales pueden elegir dentro de un amplio margen de maniobra.

de los intereses implicados)[32]; es objeto de un juicio de reproche respecto al funcionamiento normal de los mercados. El Derecho "Flexible" del Trabajo lejos de equilibrar los principios que lo informan (protección y rendimiento), se vence hacia la tutela del principio de rendimiento y productividad empresarial. Hasta tal punto es así que se puede hablar, con propiedad, en términos generales, de un principio regular e intervencionista pro-empresarial. Preside en el actual Derecho del Trabajo la razón instrumental economicista y tecnocrática, que se traducen en la re-mercantilización de espacio substraídos a los mecanismos contractuales de regulación del mercado, con el efecto de una privatización de ámbitos funcionales cuya regulación se confiere a la negociación colectiva o a la contratación individual. Este sector diferenciado del ordenamiento jurídico *se convierte en un instrumento de la política del Derecho orientada hacia la garantía preferente del principio de eficiencia económica*, en términos de productividad o de rendimiento. En el plano de las relaciones de poder en el trabajo asalariado, este modelo normativo de Derecho del Trabajo ha supuesto un reforzamiento de los poderes unilaterales atribuidos a la posición jurídica de la dirección de la empresa. Su lógica implícita o subyacente es la propia de una "rama" del Derecho de la Economía.

2. EL SIGNIFICADO POLÍTICO JURÍDICO DEL MODELO DE "ADAPTACIÓN" DEL DERECHO SOCIAL A LAS NUEVAS REALIDADES POLÍTICAS, ECONÓMICAS Y DEL EMPLEO

Se asiste a una metamorfosis del trabajo a finales del siglo veinte y en los inicios del transcurso del siglo veintiuno; una evolución marcada por la disgregación y la atomización de aquel modelo aparentemente monolítico en el pasaje desde la producción en masa estandarizada hasta el llamado postfordismo, es decir, hasta una dimensión productiva y social molecular, reticular, horizontal, que parece derribar radicalmente el paradigma anterior. El modelo de empleo estándar (estable, a tiempo completo…) es cada vez menos representativo del mundo del trabajo actual (OIT, 2015)[33]. Ello entraña grandes retos para las políticas y las

[32] En este sentido, MONEREO PÉREZ,, J.L. "Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: El modelo de Constitución flexible del trabajo", en VV.AA.: *El modelo social en la Constitución de 1978,* Sempere Navarro, A.V. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 1527 y sigs.; "El constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", en *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 160 (2013), págs. 17 y sigs., y antes *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica al Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

[33] Realza la OIT que la relación de empleo es cada vez menos segura: "El presente informe releva que se ha producido un alejamiento con respecto al modelo estándar de empleo, en cuyo marco los trabajadores perciben un sueldo o un salario en una relación de empleo dependiente con respecto a sus empleadores, tienen un trabajo estable y trabajan a tiempo completo. Ahora bien, el modelo estándar de empleo es cada vez menos predominante en las economías avanzadas. En cuan-

instituciones, que se han establecido en torno al modelo estándar de empleo[34]. Las nuevas tecnologías y los cambios en la forma en que las empresas organizan la producción son factores determinantes de la evolución de la relación de empleo y de la extensión de las nuevas formas de trabajo. El cambio tecnológico (piénsese, paradigmáticamente, en la automatización del proceso productivo) y las nuevas formas de organización del trabajo pueden determinar una cierta pérdida de centralidad del trabajo, convirtiéndolo en algunos sectores en un elemento periférico a la producción y provocar, consecuencialmente, su devaluación como elemento de articulación y estructuración social[35]. Por lo demás, el sistema productivo aparece cada vez más tecnificado en el que los procesos de gestión y toma de decisiones se controlan por un grupo cada vez más reducido de personas. Y la crisis del trabajo es inevitablemente la crisis de la "sociedad del trabajo". De ahí que la

---

to a las economías emergentes y en desarrollo, si bien se ha observado un cierto fortalecimiento de los contratos y las relaciones de empleo, el empleo informal sigue siendo una práctica corriente en muchos países y la utilización de contratos de muy corta duración y de horarios de trabajo irregulares se está generalizando en los tramos inferiores de las cadenas de suministro mundiales (véanse los capítulos 1 y 5 del presente volumen). En la actualidad, el empleo asalariado solo representa alrededor de la mitad del empleo mundial, proporción que incluso se reduce a cerca del 20 por ciento de la fuerza de trabajo en regiones como África subsahariana y Asia meridional. En varias economías avanzadas se ha registrado una tendencia hacia la disminución de la proporción del empleo asalariado, que se aparta de la evolución histórica. En cambio, están creciendo el trabajo por cuenta propia y otras formas de empleo que quedan fuera del ámbito de los acuerdos suscritos tradicionalmente entre los empleadores y los trabajadores asalariados. En las economías emergentes y en desarrollo, la tendencia histórica hacia la extensión del empleo asalariado se está ralentizando. Además, en la mayoría de los países en desarrollo, la proporción del empleo en la economía informal y en el trabajo familiar no remunerado sigue siendo persistentemente alta. Además, entre los trabajadores asalariados en su conjunto están apareciendo nuevas dinámicas. Menos del 45 por ciento de los trabajadores asalariados tienen un empleo a tiempo completo y permanente, y la tendencia parece ser hacia la baja (véase gráfico 1). Esto significa que, en todo el mundo, al cerca de 6 de cada 10 trabajadores asalariados están ocupados en formas de empleo a tiempo parcial o temporal. Las mujeres constituyen una parte desproporcionadamente alta de las personas ocupadas en modalidades de empleo asalariado temporal o a tiempo parcial. En resumen, *el modelo de empleo estándar es cada vez menos representativo del mundo del trabajo actual, ya que menos de uno de cada cuatro trabajadores está empleado hoy en condiciones que corresponden a ese modelo*" (OIT, 2015, Resumen ejecutivo, pág. 3).

[34] CASAS BAAMONDE, M.E.: "El Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de trabajo", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 7 (2015); MONEREO PÉREZ, J.L.: "Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en la 'era de la flexibilidad'", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 5 (2016), págs. 444 y sigs.

[35] MONEREO PÉREZ,, J.L.: "El Derecho Social del Trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial", en VV.AA.: *Transformaciones del Derecho en la mundialización,* CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R (Coord.), Madrid, CGPJ, 2002. Un profunda y actualidad reflexión sobre el impacto de las nuevas tecnologías y la digitalización en las formas de trabajo y en las relaciones laborales puede hallarse en las atinadas reflexiones de MERCADER UGUINA, J.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017. Puede consultarse la perspectiva de conjunto realizada por MONEREO PÉREZ,, J.L.: "Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la "era de la flexibilidad"", en *Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 10 (2016).

consecución del modelo de empleo estándar para la mayoría de los trabajadores sea cada vez más difícil.

Igualmente están en declive las ilusiones prometeicas que han dominado el pasado siglo suponía un canto romántico al progreso económico, a la industrialización, y a la globalización sin fronteras. Una globalización cosmopolita apoya en el cambio tecnológico (calificado sin más de "progreso tecnológico"). Sin advertir –evitando caer en un pesimismo metodológico- que el progreso puede ser una fuente de destrucción irreversible[36]. Es lo cierto que las nuevas tecnologías y su aplicación a los procesos productivos y a la organización del trabajo está redefiniendo la "sociedad del trabajo"[37]; más del mito fin del trabajo vinculado a las nuevas tecnología[38] nos encontramos con una transformación de las formas de trabajar, aunque también con la pérdida de numerosos empleos que ceden el paso y desaparecen en la sociedad "postindustrial" y "postmoderna" (o de segunda modernidad)[39]. El progreso tecnológico no puede equipararse mecánicamente al progreso social. En relación el proceso tecnológico y su impacto ambivalente en la sociedad del trabajo se ha podido hablar de "la escatología del fin del trabajo", a la par que se subraya la repercusión de la digitalización y de la robótica en las nuevas formas de trabajo y en la privacidad en al empresa[40]. La globalización ha tenido una gran incidencia en el Derecho Social del Trabajo. Las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones han supuesto un desplazamiento

[36] Que ya había sido advertido por algunos autores lúcidos de en la primera mitad del siglo veinte. Así, señaladamente, BENJAMIN, W.: *Angelus Novus,* edición y estudio preliminar, "La filosofía política de Walter Benjamin: Historia, modernidad y progreso" (pp. IX-CIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2012; SOREL, G.: *Las ilusiones del progreso [Estudios sobre el Porvenir social],* edición y estudio preliminar, "El pensamiento socio-político de George Sorel" (pp. XI-LXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2011; MONEREO PÉREZ,, J.L.: "La idea de progreso en Herbert Spencer: teoría e ideología", estudio preliminar a SPENCER, H.: *Instituciones industriales,* Granada, Ed. Comares, 2009, págs. VII-XLVI.

[37] OFFE, CL.: *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro,* Madrid, Alianza editorial, 1992, págs. 17 y sigs., y 371 y sigs.; CASTEL, R.: *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo,* Buenos Aires, FCE, 2010, págs. 77 y sigs.

[38] Paradigma de excesos discursivos al respecto, es la obra de RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era,* Barcelona, Ed. Paidós, 1998; y su pertinente crítica, ALONSO, L.E.: *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial,* Madrid, Ed. Trotta, 1999, que reflexiona críticamente sobre el mito del fin del trabajo, págs. 143 y sigs.; *Ibid., Trabajo y posmodernidad: el empleo débil,* Madrid, Ed. Fundamentos, 2000, págs. 187 y sigs.; MONEREO PÉREZ,, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2011, págs. 9 y sigs., y 103 y sigs.; y un enfoque desmitificador del trabajo, en MEDA, D.: *El trabajo. Un valor en peligro de extinción,* Barcelona, Gedisa Editorial, 1998.

[39] Más que de fin del empleo en sí cabe hablar de transformación del trabajo. En este sentido CARNOY, M.: *El trabajo flexible en la era de la información,* Madrid, Alianza editorial, 2001, págs. 74 y sigs.

[40] MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, págs. 38 y sigs., 79 y sigs., 121 y sigs., y 217 y sigs.

de las formas de organización y prestación del trabajo: incidencia en las mejora de la productividad para garantizar la competitividad; facilitando el trabajo a distancia con ayuda de las nuevas tecnologías (señaladamente, el teletrabajo); propiciando –y facilitando el fomento- de las distintas formas de trabajo autónomo; reforzando los mecanismos de dirección y control de la actividad de los trabajadores y su afectación los derechos fundamentales del trabajador; incidiendo en la dinámica de las relaciones colectivas de trabajo (derechos de información, formas de acción colectiva, esquirolaje interno y tecnológica en la huelga…), etcétera[41].

Es así que las políticas públicas no deberían centrarse únicamente en promover la transición desde modalidades de empleo no estándar hacia el empleo permanente, a tiempo completo y dependiente. También se debería tener en cuenta la necesidad de asegurar una protección adecuada para los trabajadores ocupados en todos los tipos de empleo. En el informe se examina el papel que cumplen en este sentido las normativas en materia de protección social y de empleo. Debido a esta transformación en las relaciones de empleo, hacen falta políticas que amplíen y desarrollen la cobertura de la protección social. La cobertura insuficiente de la protección social y la inclusión de criterios de admisibilidad que en la práctica determinan que solo pueden beneficiarse de la mayoría de prestaciones las personas que tienen contratos de trabajo regulares, limitan el alcance y la contribución que los sistemas de protección social podrían hacer a vastos sectores de la fuerza de trabajo. Por consiguiente, se deberían revisar las reglamentaciones vigentes a fin de tomar en consideración la transformación de las modalidades de empleo. Como se indica en el informe, varios países han logrado progresos sustanciales al respecto y sus experiencias podrían servir de modelo para avanzar en este campo. Cuando los sistemas de protección social están en su proceso de establecimiento, se abren oportunidades para incluir inmediatamente en su ámbito de cobertura a diferentes formas de empleo. Cuando los sistemas están ya arraigados, es necesario modernizar los criterios de admisibilidad y cobertura a fin de tener en cuenta adecuadamente la composición de la fuerza de trabajo[42]. Por tanto, la regulación

[41] Una exposición de conjunto de ese impacto múltiple y totalizador pueden encontrarse en PURCALLA BONILLA, M.: *El trabajo globalizado: Realidades y propuestas,* Thomson Reuters/Ed. Aranzadi, 2009, págs. 151 y sigs.; SANGUINETTI RAYMOND, W. y GARCÍA LASO, A. (Eds.): *Globalización económica y relaciones laborales,* Salamanca, Eds. Universidad de Salamanca, 2003

[42] La introducción de este tipo de innovaciones en las políticas ha permitido ampliar la cobertura legal, y en algunos casos efectiva, de la protección social e incluir así a las formas de empleo no estándar, a través de medidas como la creación de nuevas categorías contributivas, la simplificación de los procesos de registro y de recaudación tributaria, y el pago de subsidios para las cotizaciones y contribuciones a los regímenes de protección social. Por ejemplo, en Argentina, Brasil, China y Sudáfrica, la adopción de modalidades innovadoras de protección social ha ayudado a mejorar la seguridad del ingreso de los trabajadores en situaciones de empleo vulnerable. En diversas economías avanzadas y en desarrollo, los gobiernos han aplicado combinaciones de políticas en materia de protección social y de mercado de trabajo que han permitido incrementar el empleo formal. Al

laboral tiene que adaptarse a estas formas de empleo diversas[43]. Todo ello se enmarca en "un sistema integrado de objetivos universales de sostenibilidad" con metas absolutas y disponibles para su aplicación diferenciada a niveles regional, nacional y local. La Agenda Post-2015 se basa en principios y valores básicos compartidos. En tratados y declaraciones políticas internacionales, sobre todo la Declaración de Río de 1992 y la Declaración del Milenio de 2000[44], los gobiernos han acordado principios fundamentales que son cruciales para las relaciones a nivel nacional e internacional. Son, al menos, ocho los principios que pueden servir como una base normativa para una futura agenda de desarrollo: principio de solidaridad y justicia social; principio de no maleficencia que refleja la idea de evitar causar daños a las personas o a la naturaleza; principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas entre los Estados; principio de "quien contamina paga"; principio de precaución; principio de subsidiariedad en la adopción de las decisiones buscando la proximidad; principio de consentimiento libre, previo e

---

margen de estas tendencias positivas, sigue habiendo brechas importantes en la protección social de los trabajadores ocupados en diferentes tipos de empleo. Por ejemplo, el desarrollo de programas de seguro social contributivo para trabajadores autónomos y derechos de pensión para los trabajadores que tienen formas atípicas de empleo – la mayoría de los cuales son mujeres – sigue siendo insuficiente. (OIT, 2015, Resumen ejecutivo, págs. 4-5).

[43] En el informe se indica que muchos gobiernos han respondido a la transformación de las modalidades de empleo adaptando las normativas sobre empleo y extendiendo su alcance. Al respecto, ha habido mejoras significativas en algunos ámbitos de la legislación, en particular en lo que se refiere al empleo autónomo, al trabajo a tiempo parcial, al empleo de duración determinada y al trabajo obtenido a través de agencias de empleo temporal. El informe plantea que la capacidad de protección en este ámbito de las normativas laborales ha aumentado de manera sostenida con el transcurso del tiempo en la mayoría de los países analizados, en parte gracias a la introducción de leyes sobre la 'igualdad de trato', en virtud de las cuales se exige una protección equivalente tanto para los trabajadores con empleo estándar como para los que tienen empleos no estándar. No obstante, en los países donde los marcos jurídicos no tienen adecuadamente en cuenta la naturaleza cambiante de las relaciones de empleo, un gran número de trabajadores todavía carecen de cobertura de la legislación de protección del empleo. Por otra parte, algunos países, especialmente en Europa, han introducido en los últimos años cambios que han reducido el nivel de protección de los trabajadores, ya sea con empleo estándar o empleo no estándar, con el objetivo de estimular el crecimiento del empleo. Sin embargo, el análisis incluido en el informe sobre la relación entre la regulación laboral y los indicadores clave del mercado de trabajo – como, por ejemplo, el desempleo – sugiere que la reducción de la protección de los trabajadores no conlleva una reducción del desempleo. De hecho, los resultados que presenta el informe indican que, cuando los cambios introducidos están mal diseñados y debilitan la legislación sobre protección al empleo, su aplicación será con toda probabilidad contraproducente para el empleo y la participación en el mercado laboral, tanto a corto como a largo plazo. Es evidente que en este ámbito de las políticas no hay una solución válida para todos. Por el contrario, existe una clara necesidad de contar con enfoques cuidadosamente diseñados, basados en las condiciones específicas de cada mercado de trabajo y en datos fácticos sobre los resultados, y no en posturas ideológicas. Es más probable que esto pueda lograrse en un marco de diálogo social que ayude a encontrar el camino a seguir. (OIT, 2015, Resumen ejecutivo, pág. 6).

[44] ONU: *Declaración del Milenio,* Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 12 de septiembre de 2000 (A/RES/55/2/00 55954).

informado de las comunidades respecto de proyectos o acciones propuestas por los gobiernos o empresas que puedan afectar su medio de vida y las tierras que tradicionalmente poseen, ocupan o usan; y el principio de solución pacífica de controversias de tal manera que no se ponga en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia. En cuanto a los valores, en la Declaración del Milenio de 2000 se recogen los siguientes principios: libertad, igualdad, diversidad, respeto por la naturaleza. Es necesario traducirlos a derechos y deberes legalmente consagrados. Aquí el sistema universal de los derechos humanos juega un papel esencial. El sistema universal de derechos humanos establece principios fundamentales: libertad, igualdad, diversidad, respeto por la naturaleza. Los gobiernos en general han dado su aprobación a estos principios y valores. Sin embargo, esto no es suficiente. Es necesario traducirlos a derechos y deberes legalmente consagrados. Aquí el sistema universal de derechos humanos juega un papel esencial. El sistema de derechos humanos establece un conjunto principios y derechos que conforman un estándar internacional[45].

Se ha producido un cambio del modelo antropológico de trabajador, el cual que se proyecta en un doble plano: por un lado, dentro de la figura del trabajador por cuenta ajena, centro de referencia del Derecho del Trabajo clásico garantista, donde se aprecia la transición paulatina del "trabajador masa" al "trabajador heterogéneo" del postfordismo; y, por otro, la expansión y "laboralización" parcial de ciertas formas de trabajo autónomo o semi-autónomo (trabajadores "parasubordinados" o "semi-autónomos"; trabajadores por cuenta propia "dependientes"), en cuyo marco los trabajadores profesionales se encuentran en una situación económica y jurídica de debilidad contractual y de subordinación a los poderes directivos y de fijación unilateral de las condiciones del trabajo de un empresario contratante. Por lo demás, las fronteras entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo se hacen cada vez más difusas. Respecto de los cuales pueden aplicarse ciertas garantías de protección (es decir, un conjunto de derechos sociales insertados como posición estatutaria en los contratos de servicios) tradicionalmente aplicables a los trabajadores asalariados. El Derecho del Trabajo clásico (esto es, garantista) tenía como centro de referencia antropológico a la figura del trabajador homogéneo (trabajador industrial "estandarizado" en grandes complejos empresariales, "fábricas") propio los sistemas fordistas de organización del trabajo. Ahora es el propio sistema jurídico el que explícitamente fomenta el trabajo autónomo, y en ciertos casos propicia la "huida" del Derecho del Trabajo de trabajadores llamados supuestamente "parasubordinados" o "económicamente dependientes"[46].

---

[45] Grupo de Reflexión de la Sociedad Civil sobre Perspectivas Globales de Desarrollo, 2015; sobre el sistema universal de los derechos humanos y sus garantías de efectividad, puede consultarse, ampliamente, VV.AA. MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ,, J.L. (Dirs. y Coords.): *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Ed. Comares,, 2014, *passim*.

[46] Ya resulta significativo que el Capítulo II ("Determinación de la existencia de una relación de trabajo") de la Recomendación OIT, núm. 198, adoptada el 15 de junio de 2005, sobre la deter-

Hay que tener en cuenta que el autoempleo –el trabajo autónomo y por cuenta propia- en numerosos casos ha dejado de ser una libre elección por parte de la persona que trabaja, sino una imposición del empresario dominante o fuertemente condicionada por la situación del mercado. En la práctica lo que se cuestiona es la libertad de elegir la forma de trabajar ("autoempleo" ideológicamente calificado como expresión de "emprendimiento" y de "espíritu de empresa"). Y a pesar de que se ha mejorado el sistema de garantías sociales atribuídos al trabajo autónomo, no deja de tratarse de formas de contratación que quedan privadas de importantes garantías iuslaborales, tanto de carácter estrictamente individual como de naturaleza colectiva o sindical.

Este *modelo antropológico* de trabajador como centro de referencia normativa del garantismo social que confiere el Ordenamiento laboral ha sufrido un cambio que tiende a ser radical, como consecuencia de los fenómenos de la organización descentralizada de la empresa, la exteriorización o exteriorización de funciones, la "tercerización" del tejido productivo, etc. Todos estos fenómenos (que integran la organización post-fordista del trabajo) han supuesto una "deshomogeneización" de la figura del trabajador, con la fábrica flexible y la formación de mercados de trabajo internos y externos. El Derecho del Trabajo podía articular una regulación laboral intervencionista en gran medida general y estandarizada; modelo de regulación general que también era proyectable al sistema de negociación colectiva con una regulación globalmente uniforme, sin espacios reguladoras significativos para la autonomía individual (las normas estatales y las normas convencionales de origen profesional prefiguraban la relación individual de trabajo; haciendo del contrato de trabajo un típico "contrato normado"). Los cambios en el modelo antropológico de trabajador y las normas formas de organización de las empresas (exteriorización, "empresa en red" como forma dominante de organización del ciclo productivo, formación de unidades de pequeñas dimensiones pero integradas de modo flexible para adaptarse a la competitividad en un contexto de globalización de la economía mundial, etc.) han determinado una transformación significativa de ese modelo de regulación. Ahora se impone, como elección de política del Derecho, un modelo de regulación de la diversidad y una legislación mínima de "contención" de la conflictividad social.

La incidencia de las nuevas formas de organización del trabajo asalariado se deja sentir en un paulatino desplazamiento del trabajador "masa" al trabajador

---

minación de la relación de trabajo, considere fundamental que "A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia" (apartado 12); y asimismo que "En el marco de la política nacional, los Miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas" (apartado 17).

"heterogéneo". Es, éste, un proceso donde se percibe el papel creador y de conformación jurídica de los mercados de trabajo por parte del sistema legal. Esta heterogeneidad comporta también una diversificación de intereses y, a consecuencia de ello, la dificultad para una auténtica política de reformismo social de elaborar un proyecto unificador de la sociedad fragmentada del capitalismo tardío, capaz, pues, de aglutinar la diversidad de intereses de los trabajadores, por encima de los intereses "corporativos" o de "sector". Se constata, entonces, un tránsito del paradigma del "obrero-masa" al trabajador social heterogéneo del postfordismo. El "trabajador-masa" es el modelo-tipo (real) de trabajador homogéneo de la cadena de los grandes complejos industriales surgidos del proceso de industrialización (propio de la producción en serie y a gran escala, que caracteriza a las grandes "ciudades industriales"). Para él la empresa es el lugar típico de la relación laboral moderna, donde imperaba una rígida organización "científica" del trabajo. Esa racionalización instrumental del proceso productivo y, consiguientemente, de las condiciones de trabajo, fue en sí misma un factor de cierta homogeneización de la clase trabajadora y elemento determinante de su constitución como clase social específica. El trabajador homogéneo ha sido el centro de atención del Derecho del Trabajo clásico. Fue el protagonista, activo y pasivo, de los procesos de expansión económica y de la política social, pero los conflictos vinculados a la crisis y a la reestructuración económica, a partir de la crisis de los años setenta y las sucesivas y recurrentes, han deteriorado considerablemente ese protagonismo político-social. Produciéndose la búsqueda de formas específicas de representación sindical y mediación política. Todo ello refleja y se corresponde con la actual fase del desarrollo económico a finales del siglo veinte y principios de este siglo. Estas nuevas formas de trabajo y la tendencia hacia la "empresarización" de las relaciones laborales –con un papel creciente de la descentralización, el trabajo a distancia y el trabajo autónomo o semiautónomo- inciden en una vaciamiento de las bases del poder sindical que encuentra grandes dificultades para "representar" a una cada vez más diversa y fragmentada "clase trabajadora" en sentido amplio. Es un cambio de época que exige una reinvención de la praxis del sindicalismo y del modelo de regulación predispuesto por el ordenamiento laboral.

Una consecuencia relevante de esa conformación cualitativa de las estructuras productivas y de las formas de trabajo es la emergencia del "trabajador-heterogéneo", el cual surge nítidamente del "segundo mercado" (el mercado secundario o la "otra sociedad del trabajo" asalariado), integrado por trabajadores temporales, parados, marginados, trabajadores a tiempo parcial, jóvenes trabajadores, mujeres, trabajadores con empleo precario, trabajo negro o sumergido, emigrantes, etc.; en general, se trata de trabajadores marginados del bienestar institucionalmente garantizado por el sistema legal y por el sistema de negociación colectiva y sus respectivas redes de cobertura protectora y desmercantilizadora. Ésta figura tiende a eclipsar al modelo de "trabajador-

homogéneo" del fordismo, al menos como objetivo a perseguir. *Dichas formas de trabajo generan nuevas formas de inseguridad social*. Ambas figuras -trabajador heterogéneo y trabajador homogéneo- se vinculan íntimamente a la estructura del proceso laboral; a la abstracción sucesiva del trabajo: el trabajo abstracto como modo de trabajar en una organización productiva de pertenencia ajena, el cual refleja la naturaleza social del proceso productivo. En este orden de ideas, se puede decir que el antónimo del "trabajador-masa" no es tanto y "exclusivamente" el trabajador temporal o a tiempo parcial, como el "trabajador-heterogéneo" y dividido. Las fuerzas de trabajo temporal y a tiempo parcial son una forma más de potencial disgregación de posiciones jurídicas (estatutarias y contractuales) y de intereses sociales "parciales" y singularizados respecto a "los otros", también trabajadores asalariados.

Primeramente, conviene realzar que todo ello conduce nuevamente a un replanteamiento de los fines y de cuál es el trabajo objeto del ordenamiento laboral. Hoy por hoy este interrogante tiene una respuesta precisa: el trabajo por cuenta ajena como centro de referencia "principal" del Derecho del Trabajo. Centro sociológico de imputación normativa (principal). Ni la atenuación en algunas ocasiones de la nota de dependencia (subordinación), ni la posible entrada residual de formas de "parasubordinación" (los "Trade" en España, en cuya relación de trabajo se entiende que existe una coordinación directiva o coordinación dependiente) dentro del ámbito personal de esta disciplina tienen en la actualidad (y también en una previsión de futuro a medio plazo) suficiente virtualidad como para indicar que el Derecho del Trabajo camine con paso firme hacia un sector del orden jurídico regulador de todas las manifestaciones del trabajo profesional. De manera que la extensión excepcional con ánimo tutelar de la persona del trabajador "parasubordinado" contribuye a la diversificación del tipo contractual (toda vez que las prestaciones de servicios prestadas en régimen de autonomía no suelen estar sometidas a la tutela del Derecho del Trabajo, estando formalizadas jurídicamente a través de contratos civiles como los arrendamientos de servicios) pero no hace enteramente difusa la delimitación de fenómeno trabajo que interesa al Derecho del Trabajo. Desde este punto de vista, la referencia a la "clase trabajadora" sigue teniendo virtualidad para acotar el centro sociológico de imputación de las normas laborales, y también para la comprensión y explicación de la índole de los problemas de política legislativa que suscita la inserción de aquélla en el orden constitucional establecido. En tanto el régimen del trabajo asalariado sea el dominante en el capitalismo (y no parece que vaya a dejar de serlo en largo tiempo) el centro de imputación principal parece que seguirá siendo el trabajo asalariado o cuenta ajena.

El eje delimitador del ámbito de aplicación del ordenamiento laboral y del contrato de trabajo como tipo contractual del ordenamiento laboral continúa siendo la subordinación (v.gr., art. 1, apartados 1 y 2 del ET). El criterio de la

subordinación (como técnica de delimitación del tipo contractual) ha mostrado una gran capacidad de integración de las nuevas manifestaciones del trabajo (v.gr., el trabajo descentralizado y llamado "trabajo a distancia"; art. 13 del ET), aunque su elasticidad, por así decir, no resulta ilimitada, como muestran las elaboraciones jurisprudenciales sobre los "indicios de laboralidad". Esa elasticidad hace posible que la subordinación que comporta siempre una heterodirección pueda estar atenuada en ciertas formas de trabajo por la subsistencia de un cierto grado de autonomía en la realización del propio trabajo en el marco de la organización empresarial. Aspecto que confirma la extensión del campo de aplicación subjetiva de nuestra propia disciplina iuslaboral hacia nuevas formas de trabajo (v.gr., trabajo a distancia; pero también el trabajo del personal de alta dirección configurado como una relación laboral especial). La noción jurídica de trabajo autónomo adquiere en el capitalismo industrial-fordista la connotación de un trabajo no subordinado a ninguna prescripción y orden hetereguladora y su presencia es entonces marginal. Sin embargo, en el capitalismo tardío post-fordista, la figura del trabajador autónomo tiende a asumir una presencia en el tejido productivo cada vez más relevante. Por lo demás, esta figura adquiere una fisonomía compleja, pues irradia una multiplicidad de subjetividades profesionales que expresan un hecho diferencial sobreañadido a la diversificación de la figura del trabajador asalariado (subordinado en la tipificación clásica).

En las nuevas formas de trabajo del sistema económico de nuestros días, se puede hablar de *trabajo autónomo de segunda generación,* que indica no sólo un elemento cuantitativo (de crecimiento exponencial en el conjunto de la fuerza de trabajo), sino también de carácter cualitativo, puesto que la realidades del trabajo autónomo ponen de manifiesto que en muchos casos no se opera una separación estricta entre trabajo subordinado o dependiente y trabajo autónomo. Es más: en el capitalismo tardío, el trabajo autónomo suele insertarse, a menudo, en procesos de heterodirección, con grados de sometimiento a prescripciones "externas" crecientes, cuando no a aproximarse intensamente a las formas de trabajo asalariado. Es el caso del TRADE o la relación de trabajo parasubordinado, que en el plano estrictamente formal no es una figura encuadrada en el trabajo subordinado (formalizado en el contrato de trabajo), pero que desde la perspectiva realmente efectiva suele presentar elevados niveles de heterodirección y prescripciones de tareas respecto de la empresa para la cual se trabaja (art. 11.2.d) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo: deben "desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir del cliente"). A lo que cabe añadir la adscripción a la entidad que retribuye y de ordinario la localización física, espacial, o funcional de trabajo fijo. En los hechos, suele ser un trabajador profesional precario que no goza de todas las garantías de tutela del trabajador subordinado conforme a la regulación general del Estatuto de los Trabajadores y los convenios colectivos pensados selectivamente (y subjetivamente) para el

paradigma del trabajo asalariado. Lo que ha favorecido la precarización y las formas de "flexibilidad nociva" de esta forma de trabajo profesional (no atenuada por la ley ni por los llamados "acuerdos [colectivos] de interés profesional"). Desde el punto de vista técnico-jurídico el TRADE es un trabajador autónomo (art. 1.1º y 2º.d), y Capítulo III, "Régimen profesional del trabajador autónomo económica dependiente", artículos 11 y siguientes, Capítulo III, encuadrado, a su vez, en el Título II, relativo al "Régimen profesional del trabajador autónomo", de la Ley 20/2007, de 11 de Julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo[47]), pero su régimen jurídico legal al hacer extensible derechos y garantías propios del Derecho Social del Trabajo lo sitúa operativamente como una especie de figura intermedia entre el trabajo autónomo puro y el trabajo por cuenta ajena/subordinado puro. Cabría interrogarse sobre si estamos realmente entre una "huida" del Derecho del Trabajo, pues podría fácilmente haberse configurado como una típica relación laboral especial formalizada jurídicamente en un contrato de trabajo especial en el sentido del art. 2 del ET ("Relaciones laborales de carácter especial"), en cuyo apartado 1.l) se establece que "Se considerarán relaciones laborales de carácter especial (…) "Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley". Y, además, declarando que "la regulación de dichas relaciones laborales respetará [como no podría ser de otra manera] los derechos básicos reconocidos por la Constitución" en su condición de personas que trabajan en régimen laboral (art. 2.2 del ET). Y esa, entiendo, que sería la dirección más correcta a seguir *de lege ferenda* respecto a lo actualmente denominados "trabajadores autónomos económicamente dependientes", los cuales en la "forma" son tratados como autónomos (objeto de laboralización parcial), pero en la "sustancia" son desde el punto de vista material –en la realidad jurídica- muy próximos a los trabajadores subordinados a la empresa "cliente" (cfr. artículos 11 y 11 bis de la LETA), lo que podría considerarse, en el plano de la política del Derecho, más como una huida o expulsión legalmente camuflada o encubierta (y, por tanto, legalizada como legítima, aunque discutible, opción de política del Derecho) bajo el ropaje de un contrato de servicios ex art. 12 de la LETA del régimen jurídico-laboral general del contrato trabajo preordenado en la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Cfr. art. 1 del ET)[48].

[47] De modo harto significativo y contundente, el art. 3 (Fuentes del régimen profesional del trabajador autónomo puro y del trabajador autónomo económicamente dependiente) de la LETA, en su apartado 3, reitera que "En virtud de lo dispuesto en la disposición adicional primera del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD.-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente".

[48] En una distinta dirección de apoyo, fomento y promoción del trabajo autónomo se sitúa la por lo demás muy relevante "Proposición de Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo" (122/000043), presentado el 08/11/2016, calificado el 15/11/2016, por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Situación actual: Comisión de Empleo y Seguridad Social Informe.

Esta realidad cuestiona la ideología jurídica y la opción técnica de tipificación específica y diferenciada –cuando no de fomento- del trabajo parasubordinado o económicamente dependiente, pues los elementos presentes o subyacentes de actividad heterodirigida se incrementan vertiginosamente conforme se expande en esa zona difusa o gris entre la autonomía y la dependencia/subordinación fáctica, donde la condición de flexibilidad y precariedad existencial asume nuevas formas. Mientras tanto el trabajo flexible tiende a pulverizar no sólo las formas contractuales de ordenación jurídica, sino también a pulverizar la representación colectiva o sindical de la fuerza de trabajo con esa formación de mercados de trabajo segmentados. No es de extrañar que en la mayoría los países de la Unión Europea, los trabajadores autónomos económicamente dependientes ("autoempleo dependiente") sean un motivo de preocupación creciente. Definir y medir con exactitud el autoempleo económicamente dependiente supone un paso decisivo para comprender la magnitud del problema y encontrar soluciones adecuadas duraderas en el plano de la política jurídica para las personas afectadas (OIT, 2014, 96). Y en muchos casos habría que pensar seriamente en reconducir al esquema del contrato de trabajo subordinado a ciertas formas de trabajo autónomo (y no sólo, es obvio, a los "falsos autónomos"), donde se constata en el elemento predominante (sobre la autonomía) de la heterodirección ajena de la prestación de trabajo de la persona que trabaja y, por tanto, donde se produce y se ejerce un poder directivo unilateral del empresario "cliente" sobre la persona que trabaja para él en el cuadro de su organización productiva. En la relatividad de la dependencia anida el hecho de que no son pocos los trabajadores que gozan de un cierto margen de libertad que suaviza la tradición visión jerarquizada de la subordinación jurídica: una libertad dirigida, pues está sometida a objetivos establecidos por la persona para la cual se presta servicios y que ejerce el poder de conformación y normalización de los comportamientos en la relación de trabajo en el marco de la organización.

Con ello se evitaría una nueva "huida" del Derecho del Trabajo. El trabajo autónomo [económicamente, ¿sólo?] dependiente o "parasubordinado" debería de configurarse como una relación laboral especial, otorgándosele una tutela iuslaboral más reforzado (y en cuanto "especial" no necesariamente idéntica a las relaciones laborales comunes u ordinarias: se admitiría un régimen adaptado a la forma singular de trabajar en el marco de la figura del contrato de trabajo y disfrutando del estándar mínimo de tutelas o derechos básicos propios del "trabajo decente" o "digno" de la persona que trabaja para otro en relación de dependencia de mayor o menor intensidad) y evitando esa huida –más o menos encubierta o enmascarada a través de una encuadramiento extralaboral y una mínima extensión de tutelas del trabajo asalariado al autónomo dependiente- del Derecho del Trabajo. El modelo binario de prestación de servicios debe dejarse para la distinción jurídica entre trabajo subordinado y trabajo autónomo puro o en sentido estricto. En las zonas de proximidad hacia la subordinación sería necesario en la lógica del garantismo su encuadramiento técnico-jurídico en la figura del

contrato de trabajo especial (que formaliza jurídicamente una relación de trabajo especial cuyo objeto es el trabajo entendido como una actividad o hacer de la persona que trabaja conforme a un plan organizativo establecido básicamente -conforme al criterio normativo de primacía de la realidad del hecho social trabajo y el juego de la técnica de la presunción de laboralidad- por la entidad o empresa para la cual se presta servicios). Ello se contrapone a la aceptación de la autonomía de la voluntad contractual como fuente calificadora o descalificadora del contrato de trabajo, dado la asimetría de poder jurídico existente normalmente entre trabajadores económicamente dependiente o parasubordinados y empresas clientes o receptoras de la prestación de sus servicios profesionales. En definitiva, la diversificación o graduación de tutelas en las zonas grises o de proximidad deber hacerse en el marco de la lógica del contrato de trabajo especial. Es obvio que esta solución de reconducción técnico jurídico siempre planteará previamente la cuestión de la incertidumbre de la calificación jurídica de la relación de trabajo, pues las fronteras en subordinación/autonomía ofrecen zonas grises, de fronteras difusas e indefinidas, generadoras de inseguridad e incerteza además por la expansión de prácticas de falsos autónomos que ocultan y disimulan relaciones de trabajo subordinado o dependiente (la ficción de ser un trabajador profesional independiente)[49]. Todo apunta a la conveniencia político jurídica de que los trabajadores más próximos a la subordinación o dependencia en sentido estricto deberían encuadrarse en el Derecho del Trabajo a través de la figura de los contratos especiales de trabajo. Es así como se puede garantizar la efectividad de las tutelas y evitar nuevos fracasos del Derecho del Trabajo respecto del cumplimiento de su función transaccional y de equilibrio en la reglamentación de los intereses contrapuestos en las variadas manifestaciones de las relaciones de trabajo en régimen de dependencia o subordinación. En todo caso, las soluciones no son definitivas, pues dependerán de las transformaciones

[49] Las actuales manifestaciones y la extensión de estas prácticas analizadas significativamente desde Jefatura de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en CAMINO FRÍAS, J.J.: "El trabajo falsamente autónomo como especie del trabajo no declarado. Tendencias actuales", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* núm. 128 (2017), págs. 161 y sigs., constatando que en los últimos años se ha observado cómo determinadas empresas han establecido, dentro de su estrategia de recursos humanos, el objetivo de sustituir a trabajadores asalariados por autónomos de forma intensa; también la existencia de relaciones laborales camufladas dentro de la economía colaborativa fuertemente potenciada por el uso intensivo de la tecnología para hacer ineficaces los derechos laborales y de Seguridad Social. Igualmente se deja constancia del alarmante recurso por parte de algunas Administraciones Públicas (señaladamente las administraciones locales) a la figura del trabajador falsamente autónomo, ya sea con fines meramente económicos o para sortear otro tipo de limitaciones administrativas. Sobre la economía colaborativa, véase en la misma revista y número indicados el trabajo de PÁRAMO MONTERO, P.: "Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa", págs. 183 y sigs., realzando, por otra parte, el papel de las nuevas tecnologías en el nacimiento de las nuevas formas de trabajo. Se ha hablado, al respecto, de plataformas profesionales bajo sospecha de laboralidad (la anomalía de Uber), MERCADER UGUINA, J.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica,* Valencia, Ed. Tirant lo Blach, 2017, págs. 84 y sigs.

de las formas de trabajo profesional y de las orientaciones autorreflexivas de los actores con capacidad normativa creadora de normas sociales de trabajo y los factores base de poder ostentan rspectivamente[50]. La juridificación del trabajo depende en gran medida de los equilibrios de poder e intereses y de la acción de los sujetos –públicos y colectivos- que están implicados en el sistema de relaciones laborales[51].

Es así que (y en una perspectiva ya no secundaria ni residual, pues debe dejar de ser una anomalía para el Derecho Social) ante el aumento extraordinario de nuevas formas de trabajo autónomo o semi-autónomo en el capitalismo avanzado (proceso alentado como opción de política del Derecho a través del fomento de las distintas formas de "emprendimiento" y autoempleo, que en no pocos casos legitima la formalización de tipos contractuales de trabajadores precarios, aunque dotados de autonomía organizativa y funcional), nada impide -y parece más bien aconsejable- que se ponga en práctica una opción política legislativa más expansiva del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Ciertamente, los nuevos modos de trabajar profesionalmente en la sociedad contemporánea (facilitados por el uso organizativo de las nuevas tecnologías) están situando en un lugar próximo a trabajadores no asalariados a ciertos trabajadores autónomos. Ello plantea la *dificultad de pensar en términos de reglas estándar el trabajo profesional* y el reto de la diferenciación dentro y fuera del trabajo subordinado o dependiente. Es posible que sea necesario en tal sentido extender ciertos ámbitos de protección a los trabajadores autónomos o semi-autónomo, jurídicamente independientes pero económicamente dependientes de su contratante, lo que a menudo se traduce también en la estricta dimensión jurídica al contratar como contratantes más débiles en un contrato de adhesión. Esto significa la valoración de una opción de política del Derecho que diversifique en el "círculo interno" los estatutos del trabajo dependiente (algo que ya ocurre) y "externamente", en el "círculo externo", establezca otros "estatutos profesionales" para la tutela diversificada de trabajadores no asalariados. Esto supondría que el ámbito de aplicación del nuevo Derecho del Trabajo se estructuraría y articularía a modo de un organigrama circular de tratamiento normativo del trabajo protegido, donde el núcleo o centro neurálgico seguiría siendo el trabajador dependiente, alrededor del cual se situarían otros círculos "periféricos" formados por trabajadores autónomos o semi-autónomos en situación de debilidad económico-jurídica. Estaríamos ante la coexistencia de una pluralidad de esquemas contractuales, cada uno con su propio estatuto regulador y protector (contrato de trabajo, contrato

[50] MONEREO PÉREZ,, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. Civitas, 1996; *Ibid., Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 134 y sigs. ("Significación político-jurídica del Derecho del Trabajo: La función del Derecho del Trabajo en el sistema político del Estado Social de Derecho").

[51] BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del trabajo: modelo para armar,* Madrid, Ed. Trotta, 1991.

de servicios....). Así se tendería a extender parte del "status" de ciudadanía social a trabajadores no asalariados (muy lejos todavía de una "ciudadanía profesional", que se correspondería con la utopía –legítima- de un Derecho del Trabajo de la actividad profesional en su conjunto). La consecuencia lógica de este proceso es la heterogeneidad del trabajo objeto del Derecho del Trabajo y la fragmentación interna de éste perceptible en la diferenciación de distintos "estatutos profesionales" con diversos niveles de protección. Es la *edad de la diversidad y disgregación* de esquemas de regulación jurídica del trabajo objeto de nuestra disciplina[52].

Con el Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio), se dota de un estatuto de derechos sociales y laborales a los trabajadores autónomos (Capítulo II. "Régimen profesional común del trabajador autónomo") y se opta problemáticamente por la creación del TRADE (Cap. III. "Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente"). Atendiendo a la misma configuración legal y su cristalización en la praxis, en la relación de trabajo de los TRADE no se puede desconocer que concurre también una relación entre un detentador de poder (el empresario "cliente" con el cual se contrata) y quien no detenta poder significativo (el TRADE). Figura ésta que, por lo demás, no acaba de implantarse en la práctica de las relaciones profesionales. Leyes similares –y con frecuentes reformas- se han dictado en otros países europeos en análogo sentido. No obstante los innegables avances conseguidos con el Estatuto legal del Trabajo Autónomo, cabe decir que esta opción segregacionista de los TRADE respecto a la categoría del contrato de trabajo ha supuesto, por el momento, el rechazo de crear un Derecho Común del Trabajo profesional, es decir, hacia la construcción de un Nuevo Derecho Común de Toda la Actividad Profesional o un Derecho del Trabajo "sin adjetivos" (sin perjuicio de que esto podría ser construido siempre de *lege ferenda*). El que esto no se haga actualmente supone la desprotección relativa (protección de menor intensidad) de un número significativo de trabajadores "autónomos" (que gocen de todos los atributos como tales en términos de eficacia jurídica real; sic.) que son económica y jurídicamente contratantes más débiles parte de un "contrato de adhesión en sentido fuerte". Entre otras cosas, la relación de trabajo de los legalmente denominados TRADE debería haberse configurado jurídicamente como relaciones laborales de carácter especial (pues están más próximas a "lo laboral" que a "lo autónomo")[53]. Y es que en la práctica permite que por vía legal y paradójicamente se encumbran o

[52] MONEREO PÉREZ,, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica al Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, tirant lo blanc, 1996, págs. 68 y sigs. ("La edad de la diversidad normativa: El problema de la unidad del Derecho del Trabajo en la sociedad fragmentada del capitalismo tardío"); Íbid., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. Civitas, 1996, págs. 64 y sigs.

[53] MONEREO PÉREZ, J.L.: "El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación (I y II)", en *Aranzadi Social. Revista Doctrinal,* Vol. 2, nº. 4-5 (2009), págs. 79-106 y 71-101, respectivamente.

enmascaren relaciones de trabajo subordinado comportando así una suerte de huida del Derecho del Trabajo.

Se ha de tener en cuenta el carácter evolutivo de la institucionalización del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, el cual siempre ha sido acotado con carácter provisional y contingente en atención a las exigencias de la Política del Derecho que ha venido afrontando las exigencias reguladoras planteadas en cada momento por la cuestión social. No es de extrañar que hoy se vuelva a plantear –aunque con elementos más estructurales, ya que se cuestiona la subordinación- el tipo de trabajo objeto del ordenamiento laboral. En el estadio actual del Derecho positivo, este interrogante tiene una respuesta precisa: el trabajo por cuenta ajena y dependiente como centro de referencia principal del Derecho del Trabajo. Ni la atenuación en algunas ocasiones de la nota de dependencia (subordinación), ni el reconocimiento residual de formas de "parasubordinación" tienen en la actualidad (y también en una previsión de futuro) suficiente virtualidad como para indicar que el Derecho del Trabajo camine inexorablemente hacia un sector del orden jurídico regulador de todas las manifestaciones del trabajo profesional. De manera que la extensión excepcional y constitutiva, con ánimo tutelar la persona del trabajador "parasubordinado", contribuye a la diversificación del tipo contractual, pero no hace difusa la delimitación del supuesto de hecho principal sobre el que descansa el Derecho del Trabajo. Desde este punto de vista, la referencia a la "clase trabajadora" sigue teniendo virtualidad para acotar el centro sociológico de imputación de las normas laborales, y también para la comprensión y explicación de la índole de los problemas de política legislativa que suscita la inserción de aquélla en el orden establecido.

En la regulación protectora de las nuevas formas de trabajo autónomo debería atenderse a un criterio de flexibilidad que evite la tentación de llevar a cabo regulaciones uniformes. Por un lado, no parecería oportuna una regulación iuslaboral uniforme para todas las manifestaciones del trabajo autónomo sino que esa regulación deberá ser plural y diversificada para ordenar la tutela protectora sin cuestionar la funcionalidad real de la diversificación de los formas de trabajar autónomamente. Por otro, tampoco no parece que deba incorporarse necesariamente y "a priori" al trabajo autónomo un régimen de equiparación completa con el trabajo por cuenta ajena, a riesgo de olvidar las diferencias realmente existentes entre ambas figuras (esto es, su respectiva función económico-social de relevancia jurídica y que las partes contratantes han querido utilizar específicamente de modo legítimo), y de hacer inviable la aplicación al trabajo autónomo de muchas categorías específicamente pensadas para su aplicación al trabajo asalariado.

Un análisis de los sistemas normativos europeos permite apreciar la *complejidad creciente del tipo contractual laboral* (el contrato de trabajo como

tipo contractual). Actualmente se asiste una crisis de identidad del contrato de trabajo vinculada la nueva fisonomía de la realidad subyacente al ordenamiento laboral y a la pluralización de las tipologías normativas, a la flexibilización laboral impuesta *ope legis* y a la redistribución del trabajo en sus diversas formas. El contrato por tiempo indefinido y a tiempo completo, de orientación homegeneizadora, está siendo desplazado en los últimos años por una multiplicidad de tipos contractuales flexibles que traslucen una mayor debilidad contractual de la persona que trabaja. Ello coexiste con la crisis del modelo clásico estandarizado propio del dominio del sistema industrial, caracterizado por la existencia de una empresa estandarizada, tendencialmente uniforme y jerarquizada, con producción masiva y reducida diversificación y a menudo muy centralizada. Ahora este modelo deja de ser el dominante y tiende a verse sustituido progresivamente por una amplia variedad de situaciones vinculadas a las circunstancias cambiantes del momento, desde el *just-in-case al just-in-time,* en un nuevo modelo de trabajo con diversas expresiones. Por otra parte, y en relación a ello, se constata la huida del Derecho del Trabajo, que se concreta en la difuminación de las partes del contrato, porque por un lado adquiere una mayor presencia la descentralización productiva y domina con fuerza las empresas-red, mientras que, por otro, se percibe se contrae –o se restringe su espacio vital en configuración jurídica de las relaciones de trabajo- la misma figura del propio trabajador subordinado, en virtud de las estrategias empresariales de deslaboralización que lo convierten en socio, autónomo o colaborador, cuando no en un falso autónomo[54]. Por lo demás, el poder unificador pretendido originariamente por una la legislación de orientación uniforme cede ante un *soft law* ("derecho blando" carente de efectos normativamente vinculantes) de eficacia jurídica debilitada y a un Derecho legal dispositivo para la autonomía privada contractual[55].

Resulta harto significativo cómo la Unión Europea bajo la nueva forma de "gobernanza" o gobernación ha rehusado avanzar por la vía de la armonización legislativa social a través de normas comunitarias de Derecho fuerte o estrictamente normativo, y sólo ha optado por la aproximación por objetivos, la estrategia de coordinación internormativa y el reclamo del Método Abierto

[54] Se pone en evidencia, y con preocupación fundada, en el Dictamen del Comité Económico y Social (CESE) sobre, *El uso abusivo del estatuto del trabajador autónomo"* (Dictamen de Iniciativa), 31 de marzo de 2013, apartado 3.2.

[55] Véase, la obra de referencia doctrinal de OJEDA AVILÉS, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo,* Madrid, La Ley, 2010, págs. 475-476; y para la verificación de todo este proceso en la larga duración hasta llegar al presente como historia, MONEREO PÉREZ,, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización jurídica del Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. Civitas, 1996, págs. 64 y sigs; *Ibid*., *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2011, págs.13-48 y 15-38, sobre las nuevas formas de organización y colaboración interempresarial; *Ibid*., "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I y II)", en *Relaciones Laborales,* núms. 6-7 (2011), págs. 13 y sigs., y 15 y sigs., respectivamente.

de Coordinación (MAC), que se impone políticamente bajo el predominio de la constitución económica. En él se reconoce un amplio margen de libertad de actuación a los Estados miembros para que de forma coordinada a través de objetivos compartidos determinen su propia ordenación normativa. El proceso no deriva de un imperativo de la fuerza de los hechos, sino de identificables y precisas elecciones de política del Derecho del Trabajo encaminadas a culminar el proceso de transición del Derecho del Trabajo Clásico garantías del Estado Social (correspondiente a la "constitución democrático-social del trabajo") por el Derecho Flexible del Trabajo (correspondiente, a su vez, con la "constitución flexible o neoliberal del trabajo" que se pone al servicio de las fuerzas del mercado). Pero por el momento la cuestión de remercantilización del trabajo subordinado se viene traduciendo en un reforzamiento de los poderes y prerrogativas del empleador en todos los aspectos fundamentales de la relación laboral. La flexibilidad en el nuevo Derecho del Trabajo (Derecho flexible del trabajo) es la principio que la gestión empresarial del trabajo. Sin embargo, ni el proceso de transición está acabado, ni tampoco es previsible. Pero en un sistema democrático hay un espacio para la decisión constitutiva y constituyente de política del Derecho.

La empresa como actividad profesional económica y como organización productiva está recibiendo -e imponiendo- todas las manifestaciones fundamentales del Derecho flexible del trabajo (la constitución flexible del trabajo) (políticas de flexibilidad "interna" y "externa", adaptación a las condiciones de competitividad, dualización de los mercados de trabajo "internos" al ciclo productivo, incremento de la disciplina y de la precarización laboral, individualización de las relaciones laborales, incremento de la alienación del trabajo, políticas de implicación sindical "concesiva" en la gestión empresariales, des-sindicalización, etcétera). Se han abandonado las perspectivas no sólo utópicas sino también de realizar la llamada "reforma de la empresa". Durante gran parte del siglo veinte el imaginario colectivo sobre la empresa fue impresionante, suscitando un debate fuerte entre perspectivas de cambio radical o revolucionario (modificando la base capitalismo de la organización empresarial) y enfoques de reforma social (transformando el papel del trabajo, pero manteniendo la libertad de empresa en el marco del sistema de economía de mercado).

Las nuevas formas de empresa van por delante respecto a las formas de organización sindical en la empresa. Hoy se contempla, ante todo, la empresa "en negativo", como una organización "neutral" de la actividad económica (en la perspectiva de los intereses de los agentes implicados) y el problema de la participación de los trabajadores en la empresa (que el art.129 CE parecía insertar en una lógica propia del constitucionalismo social de empresa) queda relegado a una "participación débil" en términos de garantías de derechos sociales de información y consulta de los trabajadores respecto de cuestiones sociolaborales y

relativas a la dinámica de la organización productiva. Predomina el enfoque de "ingeniería social" donde el analista se preocupa de la eficiencia de la empresa en relación a su posición competitiva en el mercado.

La empresa contemporánea, por lo demás, es una unidad de organización económica que se desmembra según exigencias de eficiencia y obtención máxima de beneficios. El capital productivo se inviste y desinviste continuamente, cambiando su formas y sus métodos de organización. El modelo de organización de empresa como forma económica tiende a organizarse de modo distinto a la empresa industrial clásica. La empresa es organización de una actividad para el mercado "interno" y "mundial", pero en un contexto donde la intensidad del proceso de mundialización de los mercados ha sido impresionante. El postfordismo –en su vertiente de modelo de organización de la actividad económica- conduce a la empresa flexible, con núcleos centralizados y una periferia descentralizada y externalizada o exteriorizada (empresa en red, subcontratación, grupos de empresas flexibles, etc. El resultado es la "empresa mínima" (respecto de la utilización del personal, sobre todo), o incluso su configuración formal como un sistema complejo y articulado de contratos. Es obvio que el Derecho del Trabajo Clásico garantista estaba pensado para un tipo de empresa menos deslocalizada y difusa (tanto espacial como funcionalmente), por lo que se está produciendo una falta de sintonía entre la ordenación jurídico-laboral de las relaciones de trabajo en la empresa y el diverso cuadro real de funcionamiento actual de la misma. Categorías delimitadoras de la empresa, centro de trabajo, empresario-empleador, presentan el riesgo de estar desprovista de realidad. Por lo demás, como se dijo antes, el trabajo "en" la empresa se hace más difuso en sus contornos (la empresa se pulveriza y se dispersa jurídica y económica en sus núcleos productivos), porque existe una cierta indefinición o indeterminación tanto en la condición del empleador como en la figura del trabajador, haciéndose más difusa la antes más nítida distinción entre trabajo dependiente y trabajo autónomo (piénsese en el "teletrabajo"[56]). Las formas de trabajo por cuenta propia "dependiente" o "subordinado" se han visto incrementadas actualmente y gozan de una política de alentamiento público institucional a través del fomento del autoempleo y del emprendimiento con todas sus mitificaciones[57].

[56] Sobre esta forma de trabajo, MELLA MÉNDEZ, L.: *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés,* Madrid, La Ley, 2017. De singular interés res el Informe de la OIT sobre el teletrabajo OIT: «*Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*» ("Working anytime, anywhere: The effects on the world of work") está disponible en www.eurofound.europa.eu/publications.

[57] Puede consultarse, LUJÁN ALCARAZ, J., y FERRANDO GARCÍA, F. (Dirs.): *Trabajo autónomo y fomento del emprendimiento: mitos y realidades,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017.

Hay que tener en cuenta que las estrategias de organización y re-organización empresarial suelen estar motivadas en una doble racionalidad*:* la racionalidad económica (búsqueda del beneficio y del éxito en términos de rentabilidad) y la racionalidad laboral (estrategias de flexibilidad laboral en las distintas dimensiones, flexibilidad interna y externa, funcional, salarial, numérica, cuantitativa, etc.). Las políticas de flexibilidad –incluida su nueva versión a través de la flexi-seguridad neoliberal- han supuesto una ruptura radical respecto al principio garantista de estabilidad en el empleo. El lado oscuro de la flexibilidad empresarial (productiva y laboral) se manifiesta en la práctica teórica de considerar que la flexibilidad depende en gran medida de la *perpetuación del trabajo contingente y precario* (esto es, trabajo a tiempo parcial, trabajo estacional, temporal o sujeto a contratos de duración determinadas en sus diferentes modalidades), el desplazamiento hacia formas de organización industrial basadas en redes garantiza un reforzamiento, y no una anulación, de la tendencia hacia la polarización, políticamente no deseada, de los ingresos laborales. No son indiferentes las estrategias antisindicales. Esta concepción de la flexibilidad laboral ha supuesto la estabilización permanente de los mercados de trabajo duales, dentro y fuera de la empresa neofordista (externalización). Esas organización basada en la concentración sin centralización –propia de la era de la producción flexible- opera distinguiendo núcleo (centro decisorio) y periferia, a efectos tanto productivos como de diferenciación selectiva de condiciones de trabajo en general[58].

En otro plano, las nuevas formas de empresa incorporan nuevas formas de trabajo. Primero, porque la empresa es organización y gestión de personas, de manera a la empresa flexible le acompaña –inevitablemente- el trabajo flexible. En segundo lugar, porque la empresa post-fordista exige una mayor participación e implicación del trabajo. Lo cual implica una mayor autonomía del trabajo, los círculos semiautónomos del trabajo flexible en la llamada especialización flexible -el fomento de los círculos de calidad y de producción. Lo cual significa una "relajación" de la "dependencia" o subordinación técnico-organizativa del trabajador en el marco de la relación de trabajo. Es así que no hablamos sólo de segmentación y polarización, sino también de afectación –con mayor o menor intensidad- de los rasgos tipológicos del trabajador asalariado típico o clásico. Con la particularidad adicional de que se trata de un cambio de formas de trabajar y de modos de cumplimiento de la prestación de servicios de inequívocas dimensiones estructurales. Las tendencias "depredadoras" (hacia dentro –explotación del trabajo maximizada con las actuales formas de precarización laboral-, y hacia fuera –deterioro medioambiental a través

[58] Esto no significa que no existan algunos frenos de respuesta –frenos de emergencia-, como por ejemplo la Directiva comunitaria 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que prohíbe la discriminación entre trabajadores temporales y trabajadores indefinidos. Véase la STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto Diego Porras, sobre equiparación de trabajadores temporales e indefinidos en situaciones comparables.

de una explotación sistemática de los recursos) persisten; no han desaparecido con el modelo de organización reticular en el que se resuelven las nuevas formas de empresa en red. En el proceso de racionalización productiva, los nuevos modelos organizativos reticulares, cuestionan las formas tradicionales de subordinación de los trabajadores, evidenciando la falta de correspondencia existente la subordinación "jurídica" y la subordinación "real" de los trabajadores a poderes "externos" al nexo contractual que se imponen en los hechos más allá de su formalización jurídica.

El objetivo real (y a veces ya explicitada en las Exposiciones de Motivos de las Leyes reformadoras) de las reformas laborales de las dos últimas décadas, no ha sido solo la pretendida "modernización" del modelo de relaciones laborales; su objetivo preferente ha sido la devaluación salarial; la reducción de los costes globales del factor trabajo, transfiriendo riesgos empresariales a la posición de los trabajadores (reducción del coste del despido mediante diversas técnicas, y la más reciente de generalización del contrato de trabajo por tiempo indefinido de tutela débil; facilitar el descuelgue salarial ante todo para empresas de reducidas dimensiones –la mayor parte del tejido productivo español-; el mantenimiento básicamente inalterado de las fórmulas de contratación temporal sin precisar sus causas justificativas, etc.); la facilitación de los despidos (tanto por causas empresariales como en el marco de los despidos disciplinarios ilegítimos), y la mayor discrecionalidad en la utilización flexible de la mano de obra (ampliación significativa de las medidas de flexibilidad "interna", incrementando el poder de dirección del empleador). Muchos aspectos de la regulación reformista contradicen el objetivo autoproclamado por el legislador en las Exposiciones de Motivos de la Ley 35/2010 y de la Ley 3/2012. El legislador reformista continúa la senda de las reformas precedentes, la cuales lejos de atender a las causas más profundas y determinantes de la dualización de los mercados de trabajo y de la progresiva precarización del empleo, con el abuso de la contratación temporal y la utilización de prácticas desviadas que degradan la condición del trabajador se ha inclinado por otras medidas que o bien han sido meramente "paliativas" (pero no "curativas" ni "preventivas") del fenómeno, o bien incluso ha ignorado las medidas correctas a adoptar (y que se perciben en otros países de referencia comparables), o bien, finalmente, ha contribuido –con mayor o menor conciencia de ello, aunque como resultado efectivamente producido- a acentuar el problema con la predisposición de medidas que favorecen la dualización, la temporalidad y la precarización laboral. Es suficiente reparar en el "informador" y "persuasivo" "Libro Verde" de la Comisión Europea para comprobar que "modernización" sinónimo de "liberalización" y reducción de garantías y derechos sociales[59]. Por

[59] COMISIÓN EUROPEA: "Comunicación sobre "Modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI", de 22 de noviembre de 2006. COM (2006) 708 final; y "Comunicación "Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad", de 27 de junio de 2007. COM (2007) 359 final.

lo demás, las reformas laborales han supuesto un debilitamiento del poder sindical y de los instrumentos de acción colectiva, negociación colectiva y huelga. De ahí la importancia de redefinir el papel y la estrategia sindical en la sociedad actual partiendo de su centralidad en el modelo democrático de relaciones laborales. Pero la instauración de un nuevo modelo socio-económico neoliberal (con el soporte de un "nuevo espíritu del capitalismo", o una "nueva cultura del capitalismo"[60]) amenaza seriamente a los sindicatos como sujetos políticos; y como sujetos con capacidad negocial y organizadora de las relaciones laborales. El postfordismo comporta una desconstrucción de la empresa tradicional y una desconstrucción de los modelos de regulación colectiva/sindical y de las relaciones de poder en el mundo del trabajo[61].

Reténgase que las nuevas reformas operadas a partir de 2012 se enmarcan en un proceso de transición de largo alcance desde la constitución democrático-social garantista del trabajo (a la cual respondía *grosso modo* la versión originaria del Estatuto de los Trabajadores de 1980) hacia una diversa constitución liberal flexible del trabajo, la cual tuvo su eje inicial en las reformas laborales de la década de los noventa (1994-1997), y prosigue con la actual reforma de ciclo largo iniciada en 2010 hasta el presente. En este proceso la situación es "intermedia", porque coexisten normas típicamente garantistas con normativas típicamente flexibilizadoras y liberalizadoras. Pero el *modelo emergente de flexiseguridad* se orienta preferentemente hacia el modelo defensivo más que al modelo ofensivo (flexiseguridad garantista)[62]. De ello da buena prueba no sólo el contenido de las reformas sucesivas sino también la vocación de permanencia de las medidas adoptadas, pues éstas no se consideran –en su mayor parte- como medidas de carácter coyuntural, sino de naturaleza típicamente estructural; llamadas, así, a perdurar en lo que tienen de revisión cualitativa del modelo preexistente –o pre-vigente- de Estatuto de los Trabajadores. El TRLET, refleja no sólo la idea de

[60] BOLTANSKI, L., y CHIAPELLO, E.: *El nuevo espíritu del capitalismo,* Madrid, Ed. Akal, 2002, págs. 33 y sigs.; SENNET, R.: *La cultura del nuevo capitalismo,* Barcelona, Ed. Anagrama, 3º ed,, 2008, págs. 9 y sigs.

[61] Atendiendo a las mutaciones estructurales en curso se ha podido hacer referencia a las exigencias de renovación del Derecho del Trabajo en la dirección de un nuevo paradigma resultante. En este sentido, el completo estudio llevado a cabo por OJEDA AVILÉS, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. La Ley, 2010, págs. 15 y sigs., y 92 y sigs., y la amplia bibliografía citada; y MONEREO PÉREZ,, J.L.: "Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en la 'era de la flexibilidad'", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 5 (2016), págs. 444 y sigs.; SUPIOT, A.: "Las vías de una verdadera reforma del Derecho del Trabajo", en el mismo número de la revista antes citada, págs. 500 y sigs., que es la traducción del Prólogo a la segunda edición de la obra de SUPIOT, A. (Dir.): *Au-delà de l´emploi: Les voies d' une vraie réforme du droit du travail,* París, Ed. Flammarion, 2ª ed., 2016. Para la primera edición traducida al castellano, CASAS BAAMONDE, M.E., *et altri: Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.

[62] COMISIÓN EUROPEA: "Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad ", COM(2007) 359 final, de 27 de junio de 2007.

sistematizar (loable en sí), sino también de vocación de "estabilizar" las medidas acordadas en el periodo de excepcionalidad jurídico-social. Por ello se puede hablar de que el ciclo de reformas laborales de 2010-2015(con manifiesta proclividad a continuar en esta senda en futuras reformas) constituye un paso más en la senda hacia una mayor liberalización de las relaciones laborales. Si se analiza –como se debe- todo el ciclo reformista en su conjunto, se percibe como está incidiendo en todas las instituciones fundamentales del Derecho Social del Trabajo: desde la reconfiguración de las fuentes (donde pierde peso el papel de la negociación colectiva, especialmente la negociación supraempresarial), hasta abarcar todos los institutos y categorías contractuales con medidas de flexibilidad externa e interna. Queda por completar una más incisiva reforma en la representatividad sindical y de los mecanismos de acción colectiva como la huelga, aunque ya se han abordado medidas limitativas del derecho de autocomposición colectiva del conflicto a través de la sistemática imposición del arbitraje obligatorio en las controversias colectivas (paradigmáticamente el arbitraje final –de sesgo "administrativo"- por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o el órganos equivalente de la Comunidad Autónoma; cfr. art. 82.3 del ET).

El gran ciclo de reformas ha incidido de modo cualitativamente en una reformulación o reconfiguración del sistema normativo laboral, con una nueva interconexión y distribución de poderes entre el intervencionismo público (heteronomía pública) y los actores privados (autonomía colectiva e individual).

EL INSTITUTO DEL PERÍODO DE PRUEBA DEL CONTRATO DE TRABAJO: ESTRUCTURA Y FUNCIONES

ANTONIO MARTÍN VALVERDE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
ExMagistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO:

1. ANTECEDENTES LEGALES PRÓXIMOS Y REMOTOS DEL PERÍODO DE PRUEBA.
2. EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES DE 1980 Y EN LA NORMATIVA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE TRABAJO.
3. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LAS LEYES DE REFORMA DEL MERCADO LABORAL.
4. INTERLUDIO: DE LA REGULACIÓN A LA PRÁCTICA APLICATIVA DEL PERÍODO DE PRUEBA.
5. PIEZAS O ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL PERÍODO DE PRUEBA (I): ORIGEN, LOCALIZACIÓN Y DURACIÓN MÁXIMA.
6. PIEZAS O ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL PERÍODO DE PRUEBA (II): DEBER DE EXPERIMENTO Y FACILITACIÓN DE LA RESOLUCIÓN O DESISTIMIENTO DEL CONTRATO.
7. FINES Y FUNCIONES DEL PERÍODO DE PRUEBA: SOBRE EL PERÍODO DE PRUEBA SUI GENERIS DEL CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES.

1. ANTECEDENTES LEGALES PRÓXIMOS Y REMOTOS DEL PERÍODO DE PRUEBA

Dentro del contrato de trabajo, que es la institución central del Derecho del Trabajo, el período de prueba es un instituto jurídico, es decir un mecanismo normativo formado por una serie de piezas o elementos que atienden al cumplimiento de determinados fines y desempeñan determinadas funciones en el conjunto de la institución. El propósito del presente ensayo es proporcionar algunos instrumentos de análisis que permitan afinar la elaboración doctrinal de este instituto, abundantemente estudiado entre nosotros[1], pero que ha debido adaptarse en la etapa actual del Derecho del Trabajo a un entorno normativo y a una evolución del mercado laboral apreciablemente distintos de los que correspondieron a períodos precedentes[2].

En los prolegómenos de nuestra exposición convendrá recordar, para modelar del mejor modo posible las aludidas herramientas analíticas, los antecedentes legales del instituto, distinguiendo entre los próximos y los remotos. El más próximo se encuentra precisamente en los orígenes de la presente etapa histórica del ordenamiento laboral, que empieza, si nos atenemos al criterio habitual entre nosotros de la sucesión de regímenes políticos, a mediados de los años setenta del siglo pasado. Para ser más precisos, la normativa vigente en la materia, cuyo núcleo es el varias veces reformado artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, cuenta con un inmediato y muy inspirador precedente, localizado en el artículo 17 de la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales. Ha sido este precepto el que estrenó la regulación legal de ámbito general sobre el período de prueba, establecida para el contrato de trabajo común. Pero antes de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, el período de prueba ya había conseguido, por distintas vías y en varias capas o sedimentos históricos, una notable y creciente difusión en la contratación laboral[3].

A partir de los años cuarenta, el instrumento normativo que facilitó su incorporación en la práctica totalidad de los sectores y ramas del sistema producti-

---

[1] Llaman la atención sobre esta abundancia de estudios doctrinales en la materia sendos prólogos a dos monografías en la materia, muy reciente una y de fecha un poco más alejada la otra; el prólogo de J. RIVERO LAMAS al libro de A.L. de VAL TENA, *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998; y el prólogo de A. SEMPERE NAVARRO al libro de F. GALLEGO MOYA, *El período de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos,* Aranzadi, Pamplona, 2016.

[2] Temáticamente, sobre estos problemas de "nueva generación" del período de prueba, O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El período de prueba en el contrato de trabajo,* Tirant lo Blanc, Valencia, 2014; la expresión entrecomillada en p. 10.

[3] Remito sobre estos antecedentes históricos a mi estudio *El período de prueba en el contrato de trabajo,* Montecorvo, Madrid, 1976, Capítulo II.

vo fueron las reglamentaciones de trabajo aprobadas en aquel decenio, que más tarde serían reformadas o refundidas en las reglamentaciones y ordenanzas laborales de los años sesenta. En la gran mayoría de estos reglamentos se estableció una regulación más o menos detallada de un período de prueba en la fase inicial del contrato de trabajo durante cuyo transcurso era factible el desistimiento por voluntad unilateral de las partes. La configuración del instituto era muy parecida a la de la normativa actual; pero con una importante diferencia: en la normativa reglamentaria sectorial el mecanismo del período de prueba se ponía en marcha de manera automática (*ex lege*), por la mera conclusión del contrato de trabajo; con independencia por tanto de la voluntad de los sujetos contratantes, o al menos sin exigir pacto o acuerdo expreso de los mismos.

Sigamos con nuestra retrospectiva sobre el instituto objeto de estudio. A lo largo del primer tercio del siglo pasado, el período de prueba ya había sido introducido en las relaciones de trabajo, aunque en ámbitos sectoriales o contractuales más limitados. En el contrato de trabajo común los comentaristas del Código del Trabajo de 1926 detectaron la presencia de un "período de ensayo o prueba" en "los usos locales de algunas industrias"[4]. Con mayor visibilidad y con un diseño semejante al de las posteriores normas reglamentarias de la época de Franco, las huellas del instituto se detectan asimismo en determinados acuerdos corporativos de los comités paritarios de la Dictadura de Primo de Rivera y de los jurados mixtos de la II República.

No en el contrato de trabajo común, pero sí en una modalidad especial de contrato laboral-formativo, encontramos también antecedentes legales reseñables del período de prueba en la etapa de los orígenes del Derecho del Trabajo. Nos referimos al contrato de servicios para aprender y practicar un oficio contemplado en la Ley de Aprendizaje de 17 de julio de 1911, disposición que aparecería transcrita luego en el Libro segundo del Código de Trabajo de Primo de Rivera (1926). En esta singular modalidad contractual histórica "la duración del período de prueba y la total del aprendizaje" habían de figurar entre las claúsulas que "deben comprender" estos contratos formativos, los cuales debían ser formalizados "por escritura pública o por documento privado" (art. 20 de la Ley de 17 de julio de 1911). Durante este período podía "rescindirse el contrato a petición de cualquiera de las partes", no procediendo "en casos tales indemnización alguna, a menos de hallarse expresamente consignado" en el propio documento contractual (art. 25 de la propia Ley de 1911)[5].

---

[4] S. Alarcón Horcas, *Código de Trabajo,* Tomo I, Reus, Madrid, 1927.

[5] En la extensa refundición de normas laborales que llevó a cabo la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, volvió a aparecer fugazmente la regulación del instituto del período de prueba en el contrato de aprendizaje, en el artículo 127 (Libro II, Título III, Capítulo I). El precepto se limita a ordenar el cómputo del mismo en la duración del entero contrato de aprendizaje y a establecer que dicho período no podía exceder de dos meses. Véase por todos, para esta normativa histórica, F.

Todavía podemos remontarnos a antecedentes mucho más remotos, localizados en la regulación de las ordenanzas gremiales de la propia relación de servicios entre el maestro y el aprendiz. Algunas de estas normas o disposiciones pueden considerarse *mutatis mutandis* como un equivalente funcional del período de prueba. Ciertamente, la denominación actual del instituto no aparece en esta normativa; al menos en la que hemos examinado. Pero sí concurren en ella determinados elementos estructurales que caracterizan el instituto, en cuanto que: a) la inscripción del aprendiz en la matrícula de la corporación y el disfrute de los beneficios correspondientes, sólo era posible transcurrido un tiempo prudencial (un año) desde la admisión al trabajo; y b) en este plazo el aprendiz estaba habilitado para dejar el aprendizaje del oficio "por su rudeza o por otro motivo", y el maestro podía manifestar lo propio "a la vista de las costumbres y aplicación del aprendiz".

2. EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES DE 1980 Y EN LA NORMATIVA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE TRABAJO

La recepción legal del período de prueba en el artículo 17 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 contiene una regulación bastante detallada del instituto. Con leves modificaciones, algunas de ellas simplemente de terminología, está regulación pasó al cabo de pocos años al artículo 14 de la Ley 8/1980 (ET-1980), versión inicial del Estatuto de los Trabajadores. Los aspectos normativos abordados en estas disposiciones legales, que reproducimos en la dicción de la norma estatutaria, son los siguientes:

1) no se admite, a diferencia de las reglamentaciones de trabajo y ordenanzas laborales, la incorporación automática *ex lege* del período de prueba en los contratos de trabajo por la vía de las normas sectoriales, sino sólo el período de prueba *ex contractu,* formalizado además por escrito (art. 14.1 ET-1980: "Podrá concertarse por escrito un período de prueba …");

2) la duración máxima del período de prueba varía exclusivamente en función de la cualificación profesional ("… que en ningún caso podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de tres meses para los demás trabajadores, excepto para los no cualificados, en cuyo caso la duración máxima será de quince días laborables");

3) se menciona expresamente el deber recíproco de experimento durante el período de prueba ("el empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba");

PRADOS DE REYES, *El contrato de aprendizaje,* Universidad de Granada, Granada, 1979.

4) el contenido y los efectos de la relación a prueba serán idénticos a los ordinarios del puesto de trabajo contratado, salvo las especialidades derivadas del deber de experimento ("art. 14.2 ET-1980: "Durante el período de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes a su categoría profesional y al puesto de trabajo que desempeñe, como si fuera de plantilla, …";

5) ahora bien, el desistimiento o resolución del contrato a prueba puede practicarse lícitamente por voluntad de los sujetos del mismo ("… excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso");

6) la consolidación de la relación de trabajo se produce, en su caso, una vez transcurrido el período de prueba, siendo el tiempo del mismo computable a todos los efectos ("art. 14.3 ET-1980: "Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador"); y

7) la situación de incapacidad laboral transitoria interrumpe el transcurso de la fase probatoria cuando hay acuerdo de las partes contratantes sobre el particular (art. 14.3 ET: "La situación de incapacidad laboral transitoria autoriza a interrumpir el período de prueba siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes")[6].

La normativa reproducida ha perdurado en lo esencial, con adiciones y retoques de los que daremos noticia luego, en el régimen vigente del instituto. Pero debemos pasar ahora de la regulación del período de prueba en la versión inicial del Estatuto de los Trabajadores a la regulación del instituto en las disposiciones legislativas sobre las relaciones laborales especiales, aprobadas la mayoría pero no todas ellas en el año 1985[7].

La reseña de estas disposiciones debe tener en cuenta dos indicaciones previas. Una es que no en todas las relaciones de trabajo especiales está prevista la

[6] Para la exégesis y comentario del art. 14 ET en su redacción inicial, G. Barreiro, "El período de prueba", en E. Borrajo (dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores,* Edersa, T. IV, Madrid, 1983; J. Cruz Villalón, "Problemas prácticos del período de prueba", *Revista de Política Social,* num. 148, 1985; F. Durán López, "El período de prueba", *Relaciones Laborales,* Tomo I, 1988; López Gandía J., "Artículo 14. Período de prueba", en VV.AA., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo,* Edersa, Madrid, 1981; A.V. Sempere Navarro, "Resolución del vínculo laboral y período de prueba", *REDT, Civitas,* num. 6 1981.

[7] Especialmente sobre el tema, M.A. Ballester Pastor, *EL período de prueba,* Tirant lo Blanc, Valencia, 1995, p. 27 ss; y F. Gallego Moya, *El período de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos,* Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 275 ss.

presencia del período de prueba; se constata la falta de tal regulación en las relaciones de trabajo de los penados en instituciones penitenciarias, de los estibadores portuarios y de los titulados sanitarios residentes. La segunda observación preliminar es que en la gran mayoría de las aludidas normas el régimen del período de prueba se limita a establecer unas u otras reglas particulares, reproduciendo y/o remitiendo en los restantes aspectos normativos a los preceptos del artículo 14 ET.

Gran parte de las reglas particulares sobre el período de prueba en las aludidas disposiciones legislativas se refieren a la duración del plazo probatorio. Así, el art. 5.1 RD 1382/1985 establece, para los altos directivos, "un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de nueve meses, si su duración es indefinida". En la relación especial de empleados del hogar familiar el art. 6.2 RD 1620/2011 fija una duración máxima de "dos meses, salvo lo previsto en convenio colectivo". Por su parte, la duración del período de prueba en el contrato de trabajo deportivo, según el art. 5 RD 1006/1985, "no podrá exceder de tres meses".

En el régimen de otras relaciones especiales de trabajo las reglas de duración del período de prueba son distintas y más complicadas. Para los artistas en espectáculos públicos el art. 4 RD 1435/1985 modula el tiempo de prueba en función de la duración del entero contrato: a) 5 días cuando el tiempo del contrato va de diez días a dos meses (por debajo de diez días de contrato, parece por tanto que no procede) ; b) 10 días de período de prueba para los contratos que no excedan de dos meses; y c) 15 días en los contratos de duración más larga. A su vez, el "período de adaptación" con "carácter de período de prueba" de los trabajadores discapacitados tendrá, según el art. 10.2 RD 1368/1985, los límites temporales previstos en los convenios colectivos, "no pudiendo exceder en ningún caso de seis meses". En fin, para los abogados en despachos jurídicos, el art. 8.2 del RD 1331/2006 permite un período de prueba de seis meses en los contratos de trabajo indefinidos y de dos meses en los contratos temporales.

Otras dos reglas particulares del período de prueba en las relaciones de trabajo especiales son dignas de mención en este panorama general. Una de ellas concierne a los empleados del hogar, consistiendo en la previsión de un "período de preaviso" de la resolución del contrato a prueba, para ambas partes contratantes, "ajustado a lo que se pacte, sin exceder, en ningún caso, de siete días naturales"[8]. La otra regla es la ya aludida configuración del período de prueba como un período de "adaptación profesional" en la relación laboral de las personas discapacitadas que presten servicios en centros especiales de empleo. En

[8] No está de más recordar que la primera regulación de la relación de trabajo especial de los empleados del hogar, contenida en el RD 1424/1985, incluía reglas particulares del período de prueba distintas de las de la normativa actual; una de ellas era la "presunción de existencia del mismo", y otra la duración del mismo de "quince días" de trabajo efectivo (art. 4.3).

las previsiones de la norma, la implantación y las condiciones de este período de prueba-adaptación habrán de ser determinadas por un "equipo multiprofesional".

La Disposición Final 7ª ET-1980 encargó al Gobierno la aprobación de una norma reglamentaria reguladora de la "prestación de trabajo del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares", con propósito de compatibilizar la normativa laboral ordinaria con "la debida salvaguarda de los intereses de la defensa nacional". No vamos a entrar aquí en la cuestión doctrinal de la calificación de estos contratos de servicios laborales en el sector público militar; nos interesa únicamente el tratamiento dispensado al período de prueba en el RD 2205/1980, disposición reglamentaria que ha llevado a efecto este encargo normativo.

Pues bien, el art. 12 de la disposición citada incluye varias reglas particulares sobre el período de prueba, que identificamos a continuación: a) el período probatorio se incorpora de manera automática (*ex lege*) al contenido del contrato, al margen de la voluntad de los sujetos contratantes; b) la fijación de su duración máxima corresponde sólo a la norma reglamentaria, sin posibilidad de prolongación por vía convencional; y c) el decurso del período de prueba se interrumpe en la situación de incapacidad laboral transitoria, al margen del acuerdo de los contratantes.

3. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LAS LEYES DE REFORMA DEL MERCADO LABORAL

Dentro de las numerosas leyes de reforma del mercado laboral que se han sucedido en nuestro ordenamiento en la actual etapa histórica las que han tenido un mayor impacto en la regulación del período de prueba han sido la reforma laboral de 1994 (Ley 10/1994 y Ley 11/1994), que ha introducido varias modificaciones, algunas de ellas importantes, en el artículo 14 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores[9]; y la Ley 3/2012, que aunque ha dejado intacta la

[9] Para el impacto de la reforma laboral de 1994 en la regulación anterior del período de prueba remito a M.A. Ballester Pastor, *EL período de prueba,* Tirant lo Blanc, Valencia, 1995, p. 11 ss. y 19 ss.; M. C. Piqueras Piqueras, "La nueva regulación del período de prueba en la Ley 11/1994", en VV.AA. (coord.. A. BAYLOS), *La reforma laboral de 1994*, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 1996, p. 82 ss.; A.L. de Val Tena, *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998, p. 37 ss. y Capítulo III. Véase también M. C. Piqueras Piqueras, "El período de prueba: pasado y presente de una institución jurídico-laboral clásica", *REDT*, num. 70, 1985. Comentarios legales a la vista de la redacción del art. 14 ET en ET-1995, M. Alonso Olea y G. Barreiro, *El Estatuto de los Trabajadores,* Civitas, 4ª edición, Madrid, 1995; A. Montoya Melgar, "artículo 14. Período de prueba", *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007; C. Pascual Allen, "Forma, período de prueba y duración del contrato", en F. Valdés Dal-Re (dir.), *La reforma del mercado de trabajo,* Lex Nova, Valladolid,

redacción anterior del precepto estatutario, contiene una regulación provisional *sui generis* del período de prueba en una de las actuales modalidades contractuales de fomento de empleo: el denominado contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores[10].

A estas modificaciones vamos a prestar alguna atención en este apartado. Pero no han sido las únicas en la materia. Un examen comparativo en doble columna de la redacción del art. 14 ET en el texto refundido actual aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, y del mismo artículo en el texto refundido anterior aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, desvela otras dos diferencias de menor entidad, pero que merecen una somera reseña.

La primera disparidad en los respectivos enunciados del art. 14 ET se aprecia a propósito de la duración legal del período de prueba. El texto actual del precepto contiene una previsión para los contratos temporales que no figuraba en ET-1995: en "los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 concertados por tiempo no superior a seis meses", el período de prueba "no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo". Así pues, la variable de la contratación temporal, que como se ha visto figuraba en algunas de las disposiciones legislativas de las relaciones de trabajo especiales (deportistas, artistas, abogados en despachos jurídicos), se ha incorporado luego al propio núcleo normativo del período de prueba en el contrato de trabajo común, donde no figuraba antes de manera explícita.

La segunda diferencia que hay que anotar en la comparación propuesta se refiere a la posibilidad legal de interrumpir el "cómputo" del período d e prueba por "acuerdo entre ambas partes". ET-1995, elaborado a raíz de la reforma laboral de 1994, ya se había encargado de actualizar la terminología y de precisar la descripción del supuesto de hecho en el enunciado legal, tarea pendiente que

---

1994; F. J. TOROLLO GONZÁLEZ, "Extinción del contrato en período de prueba", *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor A. Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo"*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1996.

[10] Sobre la última redacción del artículo 14 y sobre el régimen jurídico de este período de prueba *sui generis*, J. CRUZ VILLALÓN, "Elementos críticos del período de prueba", en AA.VV. (coord.. J. GARCÍA MURCIA), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Antonio Martín Valverde,* Tecnos, Madrid, 2015, p. 150 ss.; O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El período de prueba en el contrato de trabajo,* Tirant lo Blanc, Valencia, 2014, p. 89 ss.; F. GALLEGO MOYA, *El período de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos,* Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 234 ss.; A. MARTÍN VALVERDE-O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, com. Art. 14, en J. L. MONEREO PÉREZ, (dir.) y C. SERRANO FALCÓN (coord.), *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 2012; últimamente, J. GÁRATE CASTRO, "Artículo 14. Período de prueba", en VV.AA., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores. Libro´homenaje a Tomás Sala Franco,* Tirant lo Blanc, Valencia, 2016, p. 325 ss.

no se había abordado por cierto en la inmediata anterior Ley 11/1994. ET-1995 dice que el pacto facultativo de interrupción (y consiguiente prolongación posterior) del cómputo del período de prueba es procedente no sólo en previsión o en respuesta a una situación de incapacidad laboral transitoria, como se decía antes, sino en "las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento". Pues bien, en el actual texto refundido ET-2015 la lista anterior se extiende a otras situaciones personales o familiares análogas: "riesgo durante el embarazo", "guarda con fines de adopción", "riesgo durante la lactancia" y permiso de "paternidad"[11].

Dejando a un lado las novedades técnicas o de redacción que acabamos de señalar, y volviendo a la Ley 11/1994, debemos consignar que ésta trajo consigo, como hemos anticipado, algunas innovaciones sustantivas de mayor calado. Con alguna modificación de detalle, tales innovaciones han permanecido desde entonces en la redacción del art. 14 ET. La más significativa ha sido seguramente la transformación en reglas disponibles para la autonomía colectiva del grueso de los preceptos legales sobre duración del período de prueba. Veamos en perspectiva histórica el alcance de este cambio.

La Ley de Relaciones Laborales de 1976 había remitido la fijación de los límites de duración del período de prueba a las "ordenanzas laborales" y "de modo especial" a los "convenios colectivos sindicales", limitándose a establecer duraciones legales máximas que no podían superarse "en ningún caso". Como se ha visto, la Ley 8/1980, versión inicial del Estatuto de los Trabajadores, optó por eliminar de la dicción del precepto la mención a cualesquiera normas sectoriales, las cuales, no obstante, estuvieron habilitadas también durante su vigencia, al amparo del principio de autonomía colectiva, para establecer duraciones del período de prueba por debajo de los límites legales. Por último, la Ley 11/1994 ha elegido una tercera solución distinta a las dos anteriores, pero opuesta sobre todo en la terminología o formulación del precepto, al régimen de duraciones máximas establecido en ET-1980.

La elección del legislador de 1994, mantenida en lo esencial desde entonces, ha sido atribuir a los convenios colectivos el protagonismo de la regulación de este aspecto crucial del instituto del período de prueba. El detalle de esta regulación actual del art. 14 ET se puede exponer como sigue:

[11] Sobre los problemas de cómputo del período de prueba en estas situaciones y en otros supuestos de suspensión del contrato de trabajo, O. Fernández Márquez, *El período de prueba en el contrato de trabajo,* Tirant lo Blanc, Valencia, 2014, p. 41 ss. y 56 ss.

1) se indican dos plazos estándar del período de prueba, de "seis meses para los técnicos titulados", y de "dos meses para los demás trabajadores";

2) pero estos plazos no tienen valor imperativo, sino de mera suplencia normativa ("en defecto de pacto en convenio"); y

3) únicamente en las "empresas de menos de 25 trabajadores" y "para los trabajadores que no sean técnicos titulados" se establece un límite al parecer imperativo o inderogable de duración del período de prueba (en tales empresas y para tales trabajadores "el período de prueba no podrá exceder de tres meses").

Un dato normativo más interesa tener en cuenta a propósito del protagonismo adquirido por la negociación colectiva en la regulación del período de prueba, a partir de la reforma laboral de 1994. El "pacto en convenio" al que se refiere el art. 14 ET, al no distinguir entre unidades de negociación, puede en principio ser acordado tanto en convenios de empresa como en convenios de ámbito más amplio. Pero la redacción del art. 84 ET en la propia Ley 11/1994 ha otorgado preferencia en la regulación del instituto a los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, al ordenar que, de existir un convenio de este nivel, se excluye "en ámbitos inferiores" la negociación, entre otras, de la "materia" del "período de prueba". Esta distribución de competencias normativas entre convenios colectivos de distinto ámbito se mantiene en ET-2015, si bien el convenio de ámbito superior al que actualmente se atribuye preferencia ha de ser el negociado "en el ámbito de una comunidad autónoma".

Junto a las reglas anteriores sobre las fuentes de regulación del período de prueba, la Ley 11/1994 incluye un nuevo precepto sobre un aspecto muy específico de su régimen jurídico. En este precepto se declara expresamente la ilicitud del pacto de prueba cuando ya ha existido oportunidad para los sujetos contratantes de experimentar sobre el terreno la satisfactoriedad de la relación contractual de trabajo. El enunciado del precepto, cuya dicción se ha mantenido sin variaciones hasta el vigente ET-2015, es el siguiente: "Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación" [12].

Una pieza normativa, de función equivalente a la anterior, se incluye en la propia reforma laboral de 1994 para los contratos formativos[13]. A partir de

[12] Sobre el tema, A.L. de VAL TENA, *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998, p. 119 ss.

[13] Téngase en cuenta que esta nueva regla se ha incorporado al ordenamiento legal no en la Ley 11/1994 sino en virtud de la Ley 10/1994.

la entrada en vigor de las nuevas disposiciones legales, tanto en el contrato en prácticas [art. 11.1 d) y f) ET] como en el contrato para la formación y el aprendizaje (art. 11.2 ET, que remite al anterior) el período de prueba tiene lugar en el comienzo de estas relaciones de formación y trabajo. Los propios preceptos se encargan de añadir a la anterior otras dos reglas: la imputación del tiempo de trabajo a prueba a los respectivos períodos de duración máxima de estas modalidades contractuales formativas, y la prohibición expresa de la reproducción del período de prueba en un eventual contrato de trabajo común posterior.

Según anticipamos más arriba, la Ley 3/2012 de reforma del mercado laboral ha aportado, además, una regulación novedosa del período de prueba. Esta regulación ha conseguido alcanzar bastante notoriedad en el debate político y jurídico[14], pero, significativamente (como veremos luego), no se ha llegado a incorporar al núcleo normativo del artículo 14 ET. El artículo 4 de dicha Ley 3/2012, incluido dentro del Capítulo II dedicado al "fomento de la contratación indefinida", contiene la normativa del "contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores", al que se dispensan diversos "incentivos fiscales" y "bonificaciones" en la cotización de la Seguridad Social. El régimen jurídico de esta modalidad contractual es el mismo del contrato de trabajo común, con una "única excepción" que afecta precisamente a varios aspectos del período de prueba.

Las particularidades señaladas se expresan en el apartado 3 en una fórmula escueta: "el período de prueba será de un año en todo caso"; lo que, debidamente desplegado, incluye en realidad dos reglas. Una de incorporación automática *ex lege* del período de prueba ("será"), sin necesidad de pacto, al contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores; y otra de duración legal fija ("un año en todo caso"), máxima y mínima a un tiempo, que no parece disponible ni para la autonomía individual ni para la autonomía colectiva.

El enunciado del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 incluye también otra regla más sobre el período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores, que transcribe casi literalmente una norma prohibitiva ya existente en el enunciado del artículo 14 ET a partir de la reforma laboral de 1994. El objeto de la prohibición es la reiteración innecesaria del período probatorio cuando el trabajador ha desempeñado en la empresa "las mismas funciones" en virtud de contrato anterior. Decimos que la formulación de uno y otro precepto es casi literal porque,

[14] A esta notoriedad han contribuido de manera decisiva los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la reforma laboral de 1012, resueltos por el Tribunal Constitucional en ATC 43/2014, STC 119/2014 y STC 8/2015. La vertiente constitucional del período de prueba *sui generis* del contrato de apoyo a los emprendedores, que queda fuera de nuestro tema de estudio, está muy presente en la fundamentación de estas resoluciones y en la argumentación de sus votos particulares.

a diferencia del artículo 4.3 Ley 3/2012, el artículo 14 ET es explícito sobre las consecuencias de la infracción de la prohibición ("Será nulo el pacto…").

En cualquier caso, la subsistencia en nuestro ordenamiento laboral del contrato de apoyo a los emprendedores está sometida en la propia Ley 3/2012 a un término *incertus quando*, que atribuye a la normativa reseñada un carácter de provisionalidad. Así resulta, *contrario sensu*, de su Disposición Transitoria novena: "Hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento podrán realizarse contratos de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores a que se refiere el artículo 4 de esta Ley".

4. INTERLUDIO: DE LA REGULACIÓN A LA PRÁCTICA APLICATIVA DEL PERÍODO DE PRUEBA

La reseña y comentario breve de los antecedentes normativos y del régimen legal vigente del período de prueba permiten asentar varias afirmaciones sobre su regulación, que nos llevan de la mano a la segunda parte del presente ensayo. Nos encontramos, en primer lugar, ante un instituto jurídico que cuenta en la actualidad con una regulación legislativa de apreciable complejidad, que, si bien ha mantenido una sustancial continuidad en sus elementos estructurales, ha debido hacer frente a cambios de envergadura, tanto en el entorno normativo (la norma) como en el contexto socioeconómico (la realidad normada). Dentro de esta regulación legislativa figuran disposiciones de carácter general, para el conjunto de las relaciones de trabajo, y también disposiciones sectoriales o especiales. Todas ellas deben ser tenidas en cuenta en la construcción dogmática del instituto.

A la normativa legal del período de prueba ha de sumarse una regulación convencional más o menos extensa a la que, desde la reforma laboral de 1994, se ha asignado el papel protagonista en algunos aspectos normativos[15]. La interacción o articulación entre estas normas reguladoras de diverso origen varía notablemente no sólo en una comparación de la etapa actual del ordenamiento laboral con las precedentes, sino también en el curso del presente período histórico, al paso de las sucesivas diversas reformas legislativas del mercado laboral. En suma, contemplado en la diversidad de sus manifestaciones, el instituto del período de prueba admite diversas configuraciones o variedades: a) período de prueba *ex lege*/período de prueba *ex contractu*, b) período de prueba ordinario/

[15] Sobre la regulación convencional del período de prueba, M.A. BALLESTER PASTOR, *EL período de prueba,* Tirant lo Blanc, Valencia, 1995, p. 77 ss.; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Período de prueba", en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *Condiciones de empleo y trabajo en la negociación colectiva. Estudio de los convenios colectivos de sector (1994-1996,* CES, Madrid, 1998; y F. GALLEGO MOYA, *El período de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos,* Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 111 ss.

período de adaptación y prueba, c) período de prueba en contratos indefinidos/ período de prueba en contratos temporales, etcétera.

No puede extrañar, a la vista de las características de su regulación, que el instituto del período de prueba haya suscitado una litigiosidad abundante, pero sobre todo una litigiosidad problemática y de difícil resolución. A esta casuística jurisdiccional ha contribuido también la condición muy sensible de los intereses en juego, que son la estabilidad en el empleo del trabajador y la libertad del empresario en la selección del personal. Con el paso del tiempo, las fuentes de estos problemas de aplicación no parece que se hayan secado o agotado, sino que han experimentado una notable renovación, impulsada de un lado por cambios en el entorno normativo, y de otro lado por la evolución del contexto socioeconómico.

Entre los cambios en las normas circundantes con mayor repercusión debemos mencionar determinadas claúsulas de la Constitución de 1978 (señaladamente, el derecho al trabajo y la libertad de empresa), la legislación de fomento del empleo y la tendencia de largo recorrido hacia una mayor flexibilidad de la regulación laboral de las condiciones de empleo y trabajo[16]. Entre los cambios en la realidad normada conviene resaltar varias transformaciones del sistema productivo y del mercado de trabajo, que han ejercido una influencia directa en el instituto examinado; por ejemplo, el auge del sector terciario o de servicios, la aparición de nuevas cualificaciones y competencias profesionales, el fuerte crecimiento del volumen de la actividad, y el fuerte incremento también de las cifras de trabajadores desempleados[17].

Nuestro propósito en el presente ensayo no alcanza, como dijimos al principio, a la exposición detallada del impacto de estos cambios y transformaciones en el régimen del período de prueba. Tampoco cabe en los límites de nuestro trabajo abordar los problemas que ha planteado y plantea la interpretación y aplicación de la regulación del período de prueba en el entorno y contexto cambiantes a que nos hemos referido[18]. Nuestro objetivo es más limitado; nos vamos a ceñir a dos

[16] Véase, M. Rodríguez-Piñero Royo, "El período de prueba (en torno al artículo 14)", en *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después, REDT,* num. 100 (edición especial), p. 478 ss.

[17] Véase J. García Murcia, "Crisis económica y reformas laborales", en VV.AA., *Crisis y Constitución, XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 11 ss., con abundante bibliografía.

[18] Exposiciones recientes sobre la jurisprudencia sobre el período de prueba en J. Cruz Villalón, "Elementos críticos del período de prueba", en AA.VV. (coord.. J. García Murcia), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Antonio Martín Valverde,* Tecnos, Madrid, 2015, p. 150 ss.; O. Fernández Márquez, *El período de prueba en el contrato de trabajo,* Tirant lo Blanc, Valencia, 2014; F. Gallego Moya, *El período de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos,* Aranzadi, Pamplona, 2016

labores intelectuales que pueden ayudar a comprender y manejar mejor dicha regulación y dicha práctica aplicativa. Una es la identificación de las piezas o elementos normativos que integran su estructura. La otra labor consiste en señalar cuáles son los fines o funciones con relevancia jurídica que desempeña este instituto.

5. PIEZAS O ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL PERÍODO DE PRUEBA (I): ORIGEN, LOCALIZACIÓN Y DURACIÓN MÁXIMA

Cuando hablamos de las piezas o elementos normativos estructurales del período de prueba del contrato de trabajo nos estamos refiriendo a aquellos componentes o reglas singulares que, desde un punto de vista lógico, resultan indispensables para reconocer su existencia o al menos su operatividad en condiciones adecuadas. Estos elementos estructurales forman, por decirlo así, el sustrato o estrato profundo del instituto. Algunos de ellos ha podido permanecer ocultos o no explícitos en la formulación de las disposiciones legales o reglamentarias que constituyeron el núcleo inicial de su régimen jurídico. Pero, al cabo del tiempo, la presencia de todos ellos se ha hecho visible a través de distintas vías de regulación: la legislación laboral, la negociación colectiva de trabajo y subsidiariamente la jurisprudencia social.

A nuestro juicio, los elementos que integran la estructura del período de prueba se pueden reducir a la siguiente enumeración de cinco piezas normativas: 1) el origen o fuente constitutiva del período o plazo de prueba; 2) la localización del período de prueba en la fase inicial del contrato de trabajo; 3) la previsión de una duración máxima del plazo de prueba; 4) el contenido específico de derechos y obligaciones del contrato de trabajo en la fase inicial de prueba; y 5) la ya apuntada exclusión o exoneración durante el período de prueba del régimen común de la extinción del contrato de trabajo por la voluntad del empresario o por la voluntad del trabajador.

El período de prueba puede originarse bien *ex lege*, bien *ex contractu*. Venimos diciendo que el período de prueba se constituye *ex lege* cuando los derechos y obligaciones que lo identifican rigen en la relación contractual con independencia o al margen de la voluntad de las partes del contrato de trabajo. En cambio, el origen *ex contractu* del período probatorio significa que surge solamente cuando lo han pactado o formalizado los propios contratantes.

La evolución de la regulación del período de prueba que hemos expuesto en los apartados anteriores registra una tendencia marcada hacia el período de prueba *ex contractu,* y más concretamente hacia el pacto de prueba formalizado por

escrito[19]. Pero el instituto admite desde luego la modalidad *ex lege*, que subsiste en los contratos de servicios de los establecimientos militares y en la modalidad contractual de apoyo a los emprendedores. En principio no parecería ilícito, sobre todo en determinados ámbitos o sectores, por ejemplo en las Administraciones Públicas, que la ley habilitara a la autonomía colectiva para la imposición de un período de prueba *ex convenio*. Pero es ésta una hipótesis normativa desconocida hasta ahora entre nosotros.

El segundo elemento de la estructura del período de prueba es la localización del mismo en la fase inicial del contrato de trabajo. Es en el comienzo de la relación de trabajo cuando los sujetos del contrato están facultados para comprometerse en la relación sólo provisionalmente, al no disponer en principio de elementos de juicio suficientes o convenientes para adoptar la decisión de un compromiso contractual en firme. Y se supone que al cabo de dicha fase inicial, tales elementos de juicio pueden razonablemente haber sido adquiridos por las partes contratantes, si la duración del plazo de prueba ha sido bien calculada, y si, como es exigible a un contratante diligente, el desarrollo del mismo ha sido adecuadamente utilizado a los efectos de experimentación de la relación laboral.

La normativa estatutaria del período de prueba menciona expresamente esta pieza o elemento en el artículo 11 ET, a propósito de los contratos formativos. No ocurre lo mismo en la regulación general del artículo 14 ET. De todas maneras, la localización del período de prueba en la fase inicial del contrato de trabajo, y el impedimento consiguiente del pacto de prueba posterior, se transparenta en la regla prohibitiva del pacto de prueba tras el desempeño en la empresa con anterioridad de las mismas funciones laborales. Esta prohibición de la reiteración del período de prueba se habrá de aplicar con más asiduidad en la etapa actual de las relaciones de trabajo, caracterizada por la proliferación de los contratos temporales y por la frecuencia de supuestos de sucesión de distintas modalidades contractuales.

La duración o tiempo limitado es también un elemento normativo consustancial al período de prueba. Teniendo en cuenta el principio de estabilidad en el empleo, con fundamento constitucional sólido en el derecho al trabajo, la provisionalidad del compromiso contractual derivada del período de prueba no debe ir más allá de lo que requiera el cumplimiento de la finalidad experimental del instituto o, en su caso, de la finalidad o finalidades accidentales que se le hayan podido añadir. Dicho tiempo limitado del plazo de prueba podrá y deberá variar atendiendo a la complejidad de las comprobaciones respectivas que corresponda

[19] A.L. de Val Tena, *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998, donde encontramos un estudio pormenorizado de éste (p. 80 ss.) y de los restantes elementos estructurales del período de prueba.

llevar a cabo a los contratantes. Los factores que influyen o condicionan este elemento estructural del instituto examinado son numerosos, como apuntamos a continuación.

Un primer factor a tener en cuenta es el sector de actividad, que condiciona por razones evidentes las cualificaciones y competencias requeridas. Otro factor es la dimensión de la empresa, que puede atribuir un relieve mayor o menor a los contactos personales entre empresario y trabajador, pudiendo afectar también a la propia práctica del deber de experimento. El nivel de cualificación exigido por el desempeño del puesto contratado, que guarda relación directa con la complejidad de los cometidos profesionales, suele determinar asimismo la dificultad mayor o menor de las evaluaciones a llevar a cabo durante un período probatorio que deberá ser en consecuencia más o menos prolongado. También es un factor a considerar la duración prevista del contrato (indefinido/temporal más o menos breve), teniendo en cuenta que en los contratos temporales (al menos en los contratos temporales de no larga duración) los errores de evaluación de los contratantes se pueden producir, pero las consecuencias de los mismos son por hipótesis de menor gravedad. En fin, sin propósito de ser exhaustivos, la duración de la jornada de trabajo (a tiempo completo/a tiempo parcial) puede influir también en la determinación o en el cómputo del tiempo mínimo exigido para una evaluación suficiente de las condiciones de trabajo y de las cualidades del trabajador[20].

A la vista de la pluralidad y diversidad de factores a conjugar en la determinación de la duración del período de prueba se comprende bien la decisión del legislador de, salvo supuestos específicos, limitar la función de la ley a la indicación de unos pocos plazos de valor supletorio, atribuyendo a la negociación colectiva el protagonismo de una necesaria regulación diversificada. Claro está, en un esquema normativo de estas características no es descartable la utilización desviada de las competencias normativas por parte de los representantes de los trabajadores y empresarios; ni los unos ni los otros suelen ser muy sensibles a los intereses de los trabajadores "periféricos" o *outsiders*, que todavía no han comparecido en el mercado de trabajo o que, por unas u otras razones, se encuentran por más o menos tiempo en situación de desempleo. El abuso de derecho es el recurso en manos de los órganos jurisdiccionales para hacer frente a esta hipótesis de fijación colectiva de períodos de prueba manifiestamente excesivos.

[20] Para el detalle de la regulación de este aspecto normativo, O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El período de prueba en el contrato de trabajo,* Tirant lo Blanc, Valencia, 2014; F. GALLEGO MOYA, *El período de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos,* Aranzadi, Pamplona, 2016; A.L. de VAL TENA, *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998.

6. PIEZAS O ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL PERÍODO DE PRUEBA (II): DEBER DE EXPERIMENTO Y FACILIDAD DE RESOLUCIÓN O DESISTIMIENTO DEL CONTRATO A PRUEBA

El cuarto elemento o pieza normativa que integra la estructura del instituto del período de prueba se refiere al contenido del contrato de trabajo durante el transcurso del mismo. En un planteamiento lógico-jurídico, tal contenido no puede ser muy distinto del normal de la relación de trabajo. Puesto que se trata de experimentar sobre el terreno dicha relación, el desarrollo de la misma durante el período de prueba se ha de producir en condiciones idénticas o muy próximas a las que rigen la ejecución del contrato de trabajo ya consolidado. Cabe identificar de todas maneras un contenido específico de derechos y obligaciones del contrato de trabajo en el período o fase de prueba, que deriva de sus finalidades principales o accesorias.

Dentro de este contenido específico hay que incluir el llamado "deber de experimento", que es consustancial al instituto. Pero, en supuestos determinados, pueden figurar también en dicho contenido específico otros derechos o deberes distintos; por ejemplo los concernientes al provecho y progreso en la formación profesional (sobre todo en los contratos formativos); por ejemplo, los que se refieren a la adaptación al trabajo de personas con dificultades particulares (discapacitados en centros de empleo); por ejemplo, los relativos a la instrucción sobre la organización empresarial o sobre los requerimientos específicos del puesto de trabajo; y también, por ejemplo, la obligación de demostración o aportación documental de los títulos o méritos particulares alegados pero no presentados en la fase de colocación.

El deber de experimento puede comportar la realización de ejercicios o pruebas de aptitud específicas. De todas maneras, es muy frecuente, y perfectamente regular, que el período de prueba se limite a una versión particular del deber de ocupación efectiva, que permita o facilite a los contratantes la consecución de un conocimiento cabal de las condiciones de trabajo y de las cualidades del trabajador.

La mayor o menor densidad del contenido específico del contrato de trabajo durante el período de prueba aconseja una u otra elaboración dogmática del instituto. Sobre este particular la doctrina científica se ha manifestado también en dos líneas divergentes. De un lado están las construcciones monistas, que configuran el instituto como una mera fase inicial de la relación de trabajo ("período de prueba en el contrato de trabajo"), que sólo se diferencia de la relación de trabajo consolidada en lo expresamente previsto en las normas reguladoras. De otro lado se encuentran las construcciones dualistas, que califican el período de

prueba como un contrato de trabajo distinto ("el contrato de trabajo de prueba" o "contrato de trabajo de ensayo"), cuyo régimen jurídico puede diferenciarse de manera más acusada respecto del contrato de trabajo sucesivo resultante de su superación[21]. En Derecho español, tanto en los antecedentes históricos como en el ordenamiento vigente, la construcción concorde con los datos normativos es, con claridad, la primera de las indicadas, que no aprecia la sucesión de dos contratos de trabajo consecutivos distintos.

La quinta y última pieza o elemento estructural del instituto del período de prueba consiste, como ya se ha señalado, en la facilitación de la extinción del contrato de trabajo para el empresario, y también para el trabajador. En el transcurso del período de prueba el uno o el otro pueden llegar a la conclusión, después de experimentar sobre el terreno el contrato de trabajo, que la ejecución o puesta en práctica de éste no satisface sus intereses o expectativas. La clave del período probatorio estriba precisamente en reconocer en tales circunstancias la facultad de dar por terminada la relación de trabajo provisionalmente entablada.

La desconexión durante el período de prueba del régimen común de la extinción del contrato de trabajo pueda adoptar modalidades diversas. Como es sabido, la forma más habitual de desconexión es, para el empleador o empresario, la exoneración de las causas, formalidades e indemnizaciones características del régimen del despido, concretadas en la actualidad, para el contrato de trabajo común, en los artículos 52 al 56 ET. Del lado del trabajador la facilitación de la extinción del contrato consiste normalmente en la exoneración del deber ordinario de preaviso de la dimisión, previsto para la propia relación contractual común en el artículo 49.1 d) ET.

Pero, como hemos podido advertir en la presentación de la normativa en la materia, el período de prueba puede ser compatible con un deber de preaviso más reducido que el ordinario (previsto en el servicio doméstico), o con determinados requisitos de fondo (previsión de con determinados requisitos de procedimientos ss., con abundante y upremo, Estudios dedicados al Catedrindemnización módica en el contrato de aprendizaje histórico) o con determinados requisitos de procedimiento (informe del equipo multiprofesional en la relación de los discapacitados). El límite lógico del juego de estos requisitos es que resulten compatibles con las finalidades del instituto, es decir, que no desvirtúen o tengan un efecto disuasorio sobre la decisión empresarial de cese por resultado insatisfactorio de la prueba.

---

[21] Sobre el tema, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, "Naturaleza jurídica del período de prueba", *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas,* Instituto de Estudios Políticos, T. III, vol. 3º, Madrid, 1961; y A.L. de VAL TENA, *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998, p. 43 ss.

¿Es consustancial al período de prueba, como afirma un nutrido sector de la doctrina (tesis A), la libertad plena del empresario de dar por terminado el contrato? ¿Debe considerarse en cambio (tesis B) que la facultad de extinguir el contrato de trabajo durante el período de prueba ha de estar apoyada o sostenida en la comprobación de que las cualidades del trabajador no satisfacen los intereses o expectativas del empresario en el desempeño del puesto de trabajo contratado?[22]

La respuesta a las preguntas anteriores no resulta nada fácil. Tampoco facilita la opción entre una y otra la letra del artículo 14 ET, que trata de manera oblicua y ambigua la naturaleza del acto de cese en el contrato a prueba. Como se recordará, el apartado 2 del precepto se refiere al mismo no directamente sino por vía de exclusión: la "instancia" de cese por voluntad unilateral del empresario – viene a decir el precepto – no se rige por los "derechos y obligaciones" de las partes "derivados de la resolución de la relación laboral". A la ausencia de una solución normativa clara se añade la propia ambivalencia de la terminología legal en la designación del acto de extinción. El vocablo "resolución" utilizado en el recién citado pasaje del artículo 14.2 ET apunta conceptualmente hacia una extinción causal. Pero, en su lugar, el artículo 14. 3 ET utiliza a renglón seguido el término "desistimiento", expresivo de un acto de extinción voluntaria que, según la dogmática contractual, opera en un terreno de juego bastante más despejado[23].

No podemos desarrollar aquí con la amplitud deseable esta compleja e importante cuestión. Pero sí parece oportuno a) reafirmar que, a nuestro juicio, la segunda de las posiciones reseñadas cuenta con mejores argumentos que la primera; b) exponer de manera esquemática estos argumentos; y c) consignar que, en cualquier caso, la diferencia práctica en la aplicación de las tesis A y B en presencia es menor de lo que pudiera parecer en una primera aproximación.

El punto fuerte de la tesis B, que apoya el cese del contrato a prueba en el deber de experimento es un argumento *a contrario*: de no ser acogida tal posición, el referido deber de experimento quedaría reducido a la inoperancia práctica[24]. Quienes, aun reconociendo lo anterior, sostienen la licitud del desistimiento del contrato a prueba por el mero arbitrio del empresario suelen aducir, en cambio, en dos razones, que, según su criterio, desnivelarían la balanza a su favor. Una, más o menos explícita, invoca el derecho a la libertad de empresa en su manifes-

[22] En la bibliografía más reciente dos estudios representativos de las tesis A y B son, respectivamente, los ya citados de A.L. de Val Tena, *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998; y de O. Fernández Márquez, *El período de prueba en el contrato de trabajo,* Tirant lo Blanc, Valencia, 2014.

[23] Cfr. F. Capilla Roncero, "Desistimiento (Derecho Civil)", y L. Díez-Picazo, "Resolución (Derecho Civil)", en *Enciclopedia Jurídica Básica,* Civitas, Madrid, 1995.

[24] También en este sentido, M. Rodríguez-Piñero Royo, "El período de prueba (en torno al artículo 14)", en *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después, REDT,* num. 100 (edición especial), p. 475 ss.

tación de selección de los trabajadores más adecuados. La otra razón afirma que la tesis del desistimiento *ad nutum* ha sido y es ésta la posición dominante en la jurisprudencia.

Ahora bien, frente a la invocación de la libertad de empresa en la selección del personal se puede decir que tal libertad de elección de los colaboradores es también perfectamente compatible con la tesis del desistimiento motivado en un juicio negativo sobre el resultado de la prueba[25]; libertad no equivale, o no equivale siempre, a mero arbitrio. Y los propios defensores de la que denominamos tesis A admiten que el arbitrio empresarial en el período de prueba tropieza con un límite infranqueable, que es la interdicción de la conducta empresarial de discriminación o de lesión de los derechos fundamentales del trabajador.

En fin, frente al argumento de que el desistimiento por mero arbitrio ha sido la posición prevalente en la jurisprudencia cabe replicar, en primer lugar, que los pronunciamientos de ésta en la materia no suelen afirmar de manera dogmática el imperio de la voluntad empresarial, sino más bien, descriptivamente, el derecho potestatativo del mismo de enjuiciar según sus propios criterios la aptitud y la adaptación del trabajador en vistas a la continuidad de la relación de trabajo. Es más, admitiendo incluso por hipótesis que la posición jurisprudencial es la que la tesis A entiende que es, nos encontraríamos aquí ante una pretendida legitimación por la vía persuasiva pero no plenamente convincente de la opinión dominante (*herrschende Meinung*). Supuesto (que no es poco suponer) que se constatara tal opinión dominante de los tribunales, lo que habría que demostrar es el mayor peso y calidad de las razones a favor de la misma y no el número o la cantidad de los defensores.

En todo caso, la diferencia práctica entre las tesis A y B no es tan notable como aparenta. Aunque se afirme que la decisión empresarial de cese durante el período de prueba no depende de la mera voluntad del empleador o empresario, lo cierto es que sí depende de su juicio o estimación subjetiva. Y tal juicio es tanto más difícil de controlar desde fuera cuanto que no requiere una explicación o especificación de las causas concretas en que se apoya, y en cuanto que comprende la evaluación de las cualidades personales del trabajador relevantes para el desempeño del trabajo, algunas de ellas de muy complicada ponderación[26].

---

[25] Véase E. BORRAJO DACRUZ, "Limitaciones frente a la facultad de discriminación en el período de prueba", en *Actualidad Laboral,* num. 43, 1988.

[26] M. ALONSO OLEA, *El despido,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 24 ss.; O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El período de prueba en el contrato de trabajo,* Tirant lo Blanc, Valencia, 2014, p. 25, que trae a colación una lista de "condiciones personales" contenida en STS de 2 de febrero de 1983: "disciplina, sociabilidad, instrucción, diligencia y rendimiento, corrección, apariencia, raciocinio, receptividad a las directrices patronales, etc".

7. FINES Y FUNCIONES DEL PERÍODO DE PRUEBA: SOBRE EL PERÍODO DE PRUEBA SUI GENERIS DEL CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES

Al hablar de los fines o finalidades del período de prueba apuntamos al interés o intereses de los sujetos del contrato de trabajo que está encargado de satisfacer, atendiendo a las previsiones del ordenamiento. En el propio léxico propuesto, la referencia a las funciones se sitúa también en la óptica de la teleología del instituto, pero en una perspectiva más amplia, que contempla no sólo su finalidad o función institucional estricta para los sujetos de la relación individual de trabajo, sino también el papel que el período de prueba desempeña en el funcionamiento del mercado laboral y en las actividades de gestión de las empresas para la selección del personal[27].

Sobre la finalidad o función institucional estricta del período de prueba existe un acuerdo doctrinal bastante generalizado. Como ya hemos insinuado en pasajes anteriores, se trata – expresado de forma resumida –, de experimentar o ensayar sobre el terreno durante un cierto tiempo la relación contractual de trabajo, sin compromiso en firme de mantenimiento de la misma, de manera que los contratantes puedan adquirir un conocimiento cabal de las condiciones de ejecución del trabajo (por parte del trabajador), y de la aptitud y adaptación del trabajador en el desempeño del trabajo contratado (por parte del empleador o empresario)[28].

En determinados supuestos la finalidad de experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo puede comportar el objetivo o propósito concomitante o complementario de dotar al trabajador recién contratado de la formación o instrucción, o del complemento de formación o instrucción, que requiera el desempeño de su concreto puesto de trabajo. Este ingrediente del período de prueba aparece por hipótesis en los llamados "contratos formativos"; pero puede concurrir también, de manera más o menos visible, en otras modalidades contractuales (por ejemplo, en la relación especial de discapacitados) o en el propio contrato de trabajo común.

En los ordenamientos laborales contemporáneos, por causas bien conocidas, el compromiso en firme del mantenimiento de la relación de trabajo es más exigente para el empleador que para el trabajador. La explicación es sencilla: en

---

[27] Sobre esta distinción terminológica aplicada al período de prueba, pueden verse los Capítulos IV y V de mi estudio de 1976 sobre el período de prueba. La misma distinción de fines y funciones, aplicada en conjunto al ordenamiento laboral en A. Martín Valverde, F. Rodríguez-Sañudo, J. García Murcia, *Derecho del Trabajo,* 26 ª edición, Tecnos, Madrid, 2017, p. 52 ss.

[28] Extensamente sobre el tema O. Fernández Márquez, *El período de prueba en el contrato de trabajo,* Tirant lo Blanc, Valencia, 2014, p. 22 ss.

la extinción del vínculo contractual el empleador está sometido a la severidad del régimen de despido causal, mientras que el trabajador disfruta, salvo casos excepcionales como el del pacto de permanencia en la empresa del artículo 21.4 ET, de un régimen más liviano de dimisión libre con preaviso. Desde este punto de vista puede afirmarse que el período de prueba es primordialmente un instituto de defensa del interés del empresario.

Partiendo de esta premisa o denominador común, cabe apreciar, no obstante, dos posiciones doctrinales en apariencia divergentes en torno a esta caracterización del período de prueba. Una afirma el carácter "unilateral" pro empresario del instituto, y otra sostiene la "bilateralidad atenuada" del mismo, reconociendo también en su implantación algunas ventajas para la parte laboral. Pero, si bien se mira, no debe haber vencedores y vencidos en este debate; ambas posiciones tienen razón y la discrepancia en la formulación estriba en la distinta perspectiva de análisis adoptada por quienes las sostienen.

La tesis de la unilateralidad tiene razón en términos del análisis microeconómico de los intereses de los contratantes. No parece dudoso que el empresario es el principal beneficiario del período de prueba, al menos en el contrato de trabajo común. Y también es cierto que, si estuviera en la mano del trabajador individual la supresión o reducción del período de prueba, éste no vacilaría en eliminar o acortar la duración del mismo, aun a costa de poner en juego el deber de preaviso a su cargo.

Pero, desde un punto de vista más amplio, la tesis de la bilateralidad atenuada permite incluir en el balance el interés del propio trabajador individual en acelerar su colocación, o el propio interés del colectivo de trabajadores desempleados de generar una mayor fluidez del mercado de trabajo. Una vez declarada esta plural perspectiva de análisis, la tesis de la bilateralidad atenuada es perfectamente compatible con la constatación de que, en el caso típico, el balance final de la incorporación del período de prueba a la relación de trabajo no se ajuste al desiderátum del trabajador individual.

La conveniencia de probar o experimentar sobre el terreno el contrato de trabajo durante un período de prueba, ya iniciada la relación de trabajo pero sin compromiso en firme de continuidad de la misma, se ha apoyado por parte de distintos autores en una constatación empírica o norma de experiencia sobre el proceso de selección de personal, que conviene destacar en el estudio de los fines y funciones del período de prueba. Tal es la insuficiencia, en un segmento muy amplio de la contratación laboral, de los clásicos medios o instrumentos precontractuales para conocer de antemano las condiciones o cualidades de los contratantes que pueden ser relevantes para la satisfacción de sus respectivos intereses.

Dicho en términos de la teoría de los contratos: en el contrato de trabajo la aplicación del nivel exigible de la diligencia en los tratos preliminares (*in contrahendo*) no basta a menudo para evitar el error *in qualitate* bien respecto del trabajador que se quiere contratar, bien respecto de la organización de trabajo en la que el trabajador se va a incorporar. La afirmación anterior se fundamenta en el carácter *intuitus personae* del contrato de trabajo, en cuyo desenvolvimiento, como se ha visto, las cualidades personales del trabajador suelen tener trascendencia en la valoración de la satisfacción en el trabajo o de la n de ?????? arse del consentimiento del contrato n la empresa aptitud y la adaptación al trabajo contratado[29]. Este interés en evitar la frustración o no confirmación de las expectativas de los contratantes, inalcanzable o difícilmente alcanzable por la vía de la anulación por vicios del consentimiento del contrato, parece desde luego, por diversas razones, merecedor de protección jurídica. Vale la pena exponer con más detalle los pasos del argumento.

En primer lugar, la relación contractual de trabajo comporta la inserción del trabajador durante un tiempo que puede ser prolongado en el interior de la organización de trabajo del empresario, a cuyo buen funcionamiento debe prestar su colaboración personal. En segundo lugar esta organización de trabajo suele consistir en un medio físico y humano que por hipótesis resulta desconocido o insuficientemente conocido por el propio trabajador contratado. Y en tercer lugar, y lo que es decisivo: salvo tal vez a un coste desorbitado de tiempo y dinero, el pronóstico sobre el cumplimiento de los intereses y expectativas contractuales de rendimiento y satisfacción en el trabajo puede efectuarse por los contratantes sólo en medida limitada, pero no de manera plena, a través de los instrumentos habituales de los tratos preliminares del contrato de trabajo: currículos, informes, visitas, entrevistas, cuestionarios, pruebas previas de aptitud, etcétera.

Así pues, en términos de análisis económico del derecho, puede afirmarse que la función del período de prueba es limitar o reducir los costes de transacción del contrato[30], que resultarían mucho más elevados sin la presencia de este mecanismo jurídico de desconexión de las normas comunes de la extinción contractual

[29] En este sentido, la doctrina más reciente (O. Fernández Márquez, *El período de prueba en el contrato de trabajo.- Notas para un balance,* Tirant lo Blanc, Valencia, 2014, p. 12), ha puesto de relieve que el período de prueba viene a cumplir en el contrato de trabajo una función análoga a los llamados pactos *ad inspiciendum* de otras figuras contractuales, "claúsulas en virtud de las cuales uno de los contratantes estipula entregar provisionalmente al otro el objeto del contrato – la cosa en venta, por ejemplo – con la finalidad de que éste la examine y decida si asume plenamente el compromiso contractual"; "bien es verdad – puntualiza con razón el propio autor – que en el período de prueba se da la particularidad de su incardinación en el seno de un contrato de trabajo ya en curso y plenitud de efectos".

[30] Para una inicial aproximación a una muy extensa literatura, el estudio seminal es el de R.H. Coase, *La empresa, el mercado y la ley*, Capítulo 1º y "Apéndice: La estructura institucional de la producción", Alianza Editorial, Madrid, 1994.

en la fase inicial de ajuste o ensayo de la relación de trabajo. Esta limitación o reducción de los costes de transacción debe traducirse lógicamente en una mayor fluidez del tráfico contractual laboral, o lo que es lo mismo, en un funcionamiento más ágil del mercado de trabajo, con la consiguiente traducción positiva en las cifras de actividad y empleo.

Cabe decir por tanto, a la vista de las consideraciones anteriores, que, junto a la finalidad de experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo, se aprecian en una perspectiva funcional más amplia, dos propósitos complementarios del período de prueba: 1ª) facilitar y afinar la selección del personal por parte de las empresas, con el consiguiente efecto beneficioso en la "defensa de la productividad" (art. 38 CE); y 2ª) dinamizar el mercado laboral mediante la supresión de determinados frenos o inhibiciones a la conclusión de los contratos, con la repercusión ya señalada en el objetivo constitucional del "pleno empleo" (art. 38 CE).

Una observación final debemos hacer sobre el período de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Se trata de un período de prueba *sui generis* no sólo por su origen *ex lege*, sino también y sobre todo por la duración fija, máxima y mínima, de un año. Esta regla de duración fija, que no guarda relación alguna con ninguno de los numerosos factores que pueden influir en la comprobación cabal de las condiciones del trabajo y de las cualidades del trabajador permite afirmar que la finalidad atribuida al mismo no es sólo la experimentación de la relación de trabajo sino también la promoción o fomento de esta modalidad contractual.

Desde un punto de vista dogmático el instituto del período de prueba es refractario a esta finalidad de fomento de empleo, que interfiere y en buena medida desnaturaliza su función institucional estricta. Se comprende bien, por tanto, que el legislador haya mantenido su régimen jurídico en el artículo 4 de la Ley 3/2012, a extramuros de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, tanto en el núcleo normativo del artículo 14 ET, como en las numerosas disposiciones extrasistemáticas que se han ido añadiendo a su parte articulada. Asimismo, se comprende bien su regulación provisional, destinada a la desaparición una vez que resulte menos justificada en términos de fomento del empleo la interferencia que genera en el desarrollo lógico de la fase inicial probatoria del contrato de trabajo.

CONTRATACIÓN LABORAL, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PACTOS ACCESORIOS

JUAN GARCÍA BLASCO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza

SUMARIO:

1. DERECHOS Y LIBERTADES EN LA RELACIÓN LABORAL Y AUTONOMÍA CONTRACTUAL.
2. LA OBLIGACIÓN DEL TRABAJADOR DE NO CONCURRIR DESLEALMENTE CON LA EMPRESA.
3. EL PACTO DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL.
4. EL PACTO DE PERMANENCIA EN LA EMPRESA.

1. DERECHOS Y LIBERTADES EN LA RELACIÓN LABORAL Y AUTONOMÍA CONTRACTUAL

A nivel constitucional, el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo (art. 35.1 CE), junto a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, quedando los poderes públicos vinculados y obligados a garantizar su ejercicio (art. 38 CE), conforman el escenario de actuación sobre el que se articula y asienta la propia relación jurídico-laboral y, por tanto, el contrato de trabajo.

Como ha recordado recientemente el Tribunal Constitucional[1], ese reconocimiento en la norma suprema impide admitir prohibiciones legales y limitaciones convencionales que puedan constituir restricciones del derecho al trabajo, salvo que exista una razón plenamente justificada. De la misma manera y amparado por ese ámbito de libertad, cualquier ciudadano, sea o no trabajador, puede constituir una empresa para desarrollar una actividad emprendedora, siempre que sea lícita y respete las exigencias legales que ordenen la libertad de empresa.

Así, en el plano legal y desde bastante tiempo atrás, el Derecho del Trabajo español[2] reconoce la posibilidad y adecuación normativas de la prohibición de concurrencia desleal en las relaciones laborales y la posibilidad de pactar, con un límite temporal y cumpliendo determinados requisitos, la no concurrencia postcontractual, además de reconocer la validez del pacto para asumir las obligaciones de dedicación exclusiva y de permanencia en la empresa [arts. 5.d) y 21 LET]. Estos pactos entre empresa y trabajador descansan sobre la base del principio de autonomía de la voluntad reconocida a uno y a otro [art. 3.1.c) LET], por lo que nada obsta a que, como pactos accesorios, se incorporen al contrato de trabajo estas estipulaciones con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales, siempre que se respeten las exigencias legales que permiten y regulan estas contenidos contractuales.

Lo anterior no significa, como ya se afirmó en otro momento[3], que el trabajador sufra un menoscabo en su derecho al trabajo o que no pueda ejercer la libertad de empresa. Como ningún derecho es absoluto, el legislador establece unos límites, en virtud de los cuales, vigente el contrato de trabajo, al trabajador se le prohibe cualquier actividad que entre en competencia con la de su empresario y sea calificada como desleal; queda a salvo, por consiguiente, la posible dedica-

[1] STC 119/2014, de 16 de julio (BOE de 15 de agosto de 2014).

[2] Sobre el alcance de la prohibición de competencia vigente el contrato de trabajo y su evolución legislativa, vid. DE VAL TENA, A. L.: *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 10 y ss.

[3] *In extenso,* ALCAZAR ORTIZ, S. y DE VAL TENA, A. L.: "La responsabilidad del trabajador por incumplimiento del deber de no competencia: criterios jurisprudenciales para determinar la indemnización por daños y perjuicios", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2014, págs. 34-35.

ción del trabajador a tareas, por cuenta ajena o propia, ya sea como trabajador, autónomo o empresario, de la misma o similar naturaleza o rama sectorial, respecto de las que está ocupado en virtud de su contrato de trabajo vigente, cuando no exista concurrencia desleal[4]. Si, por el contrario, se ha extinguido el vínculo contractual, podrá pactarse la no competencia, al margen de que pueda resultar o no desleal[5], siempre que el pacto, además de tener eficacia limitada en el tiempo, cumpla dos requisitos: uno, que el empresario pueda justificar un efectivo interés industrial o comercial en la actividad profesional a la que se dedique el trabajador; otro, que satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada por abstenerse de trabajar en aquélla.

El deber de no concurrir con la actividad de la empresa durante la vigencia del contrato o tras la extinción del nexo contractual laboral tiene distinto origen y alcance: mientras pervive el vínculo laboral, el trabajador tiene prohibida la competencia desleal con su empresa; en cambio, extinguido el contrato de trabajo únicamente se puede exigir la no concurrencia si voluntariamente las partes así lo han pactado. El incumplimiento por parte del trabajador de aquel deber dará lugar a que éste responda ante el empresario por los daños y perjuicios ocasionados, de haberse producido (art. 1101 CC). La responsabilidad resarcitoria se sumará, en los supuestos de concurrencia desleal estando vigente el contrato de trabajo, a la responsabilidad disciplinaria, de manera que, por ser la competencia desleal un comportamiento contrario al principio de buena fe contractual, el trabajador podrá ser despido [art. 54.2.d) LET].

2. LA OBLIGACIÓN DEL TRABAJADOR DE NO CONCURRIR DESLEALMENTE CON LA EMPRESA

2.1. El deber legal de no concurrir con la actividad de la empresa: alcance

En la relación laboral, una manifestación singular del deber genérico de cumplir las obligaciones contractuales conforme a las reglas de la buena fe es el deber "básico" del trabajador de no concurrir con la actividad de la empresa [art. 5.d) LET]. El reconocimiento legal de este deber se completa con la prohibición de efectuar "la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se con-

[4] STS de 20 de julio de 1990 (RJ 1990, 6447).

[5] Como ha destacado la doctrina judicial civil, la vulneración del pacto de no concurrencia no constituye automáticamente un acto de competencia desleal [SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2003 (AC 2004, 242)]; ahora bien, cuando existan otras circunstancias añadidas al incumplimiento del pacto de no competencia, como la captación desleal de clientela, se declarará, además de dicho incumplimiento, la existencia de un acto de competencia desleal [SAP de Alicante de 8 de noviembre de 2008 (JUR 2008, 77790)].

vengan" (art. 21.1 LET). Del tenor literal de este último precepto se deduce que la prohibición de concurrencia no sólo se establece cuando exista un pacto de plena dedicación, sino también cuando la prestación de servicios para otro empresario constituya un supuesto de concurrencia desleal.

Siendo el deber de no concurrencia desleal de naturaleza legal, el trabajador no puede quedar exonerado de aquel mediante pacto en contrario[6]. Ante la existencia de actos por parte del trabajador calificados objetivamente como desleales no cabe remover tal carácter por pacto alguno, "ya que va contra la propia naturaleza de la actividad económica, y de lo que es la esencia del contrato de trabajo"[7]; además, la Ley 31/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal –en adelante, LCD– protege los intereses de todos los sujetos intervinientes en las relaciones de mercado, y ante el consentimiento expreso o la tolerancia empresarial, otros sujetos podrían ejercitar legítimamente las acciones legales contra quienes realizan actos de competencia desleal.

Lo más destacable es que el legislador introduce un criterio reglado para delimitar la competencia prohibida, ya que ese carácter tiene para la calificación de la concurrencia como ilícito contractual el que aquella pueda merecer el reproche de desleal, en atención a un conjunto de factores objetivos y subjetivos que concurran en las prestaciones debidas para terceros empresarios o en el trabajo prestado por cuenta propia.

---

[6] La STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 1 de septiembre de 2009 (AS 2009, 2802) se pronuncia a favor de que el empresario y el trabajador pacten –formal o informalmente, éste incluso a modo de condición más beneficiosa– la exoneración del trabajador de la obligación de no competencia desleal, "pacto desde luego raro, aunque posible". En sentido análogo, la doctrina judicial afirma que no cabe una segunda actividad concurrente por parte del trabajador, salvo que cuente con autorización o consentimiento expreso de su empleador [STSJ de Galicia de 3 de junio de 1991 (AS 1991, 3690), STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 1993 (AS 1993, 3873), STSJ de Andalucía/Granada de 2 de noviembre de 1993 (AS 1993, 4843), STSJ de Andalucía/Málaga de 11 de enero de 1994 (AS 1994, 293) y STSJ de Galicia de 15 de septiembre de 1994 (AS 1994, 3411).

En la doctrina, NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 277-299, admite la posibilidad de que el empleador consienta el "daño concurrencial", de manera que el consentimiento empresarial resulta una mecanismo adecuado para enervar el incumplimiento de la obligación de no competencia; y ello sobre la base de la "teoría de la competencia relevante", puesto que la norma laboral solo preserva los intereses legítimos del empleador; igualmente, AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del artículo 21.1 LET)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 2003, págs. 384-395, afirma que la competencia desarrollada con la aquiescencia del empresario significa que el trabajador no realiza la conducta típica del artículo 21.1 LET y, por tanto, no incurre en infracción alguna. En sentido contrario, DURAN LOPEZ, F.: "Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa", en AA.VV.: *El Estatuto de los Trabajadores*, *Comentarios a las leyes laborales,* EDERSA, T. V., Madrid, 1985, págs. 176-177, y NEVADO FERNANDEZ, Mª. J.: *Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 78-85.

[7] ALONSO GARCIA, M. *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, 10ª ed, Barcelona, 1987, pág. 461.

2.1.1. Ámbito subjetivo

El ámbito de la prohibición se limita a la concurrencia desleal, esto es, a aquellas actividades que se desarrollan dentro del mismo plano en que efectúa las suyas la empresa principal, para incidir sobre un mismo mercado y sobre idéntico círculo potencial de clientes, realizándose aquéllas con olvido de las exigencias de la buena fe, mediante el aprovechamiento de datos internos de la empresa que son conocidos por su trabajo en ésta y que pueden ocasionar a la empleadora un potencial perjuicio por alterar el juego de la libre competencia[8].

El artículo 21.1 LET prohibe la actividad laboral de un trabajador "para diversos empresarios" que se estime competencia desleal. En principio, se impide la concurrencia desleal que surja del trabajo por cuenta ajena para un empresario diferente de su empresario originario. Pero, ¿quiere ello decir que la Ley no contempla la competencia desleal que el trabajador realice por cuenta propia contra su primera empresa? Aunque el artículo 5.d) LET establece el deber básico del trabajador de "no concurrir con la actividad de la empresa en los términos fijados en esta Ley", una interpretación teleológica e integradora de ambos preceptos legales nos lleva a considerar la existencia de concurrencia tanto en los supuestos de pluriempleo por cuenta ajena como de pluriactividad cuando se realizan actividades por cuenta propia, ya siendo empresario personal, ya formando parte de una sociedad competidora[9]. Por lo tanto, la concurrencia desleal podrá existir tanto si la colisión de intereses contrarios se produce trabajando por cuenta de otro como si se hace en beneficio propio.

2.1.2. Ámbito objetivo

El objeto de la prohibición es la competencia desleal, por lo que la actividad del trabajador, por cuenta propia o por cuenta ajena, será lícita, salvo que con arreglo a la regulación mercantil pueda ser calificada como desleal[10]. En la actualidad, la LCD protege a los sujetos intervinientes en el mercado frente a este tipo de prácticas, aunque no define, concretamente, la competencia desleal. No obstante, esa ley especial defiende, por una parte, un interés público, ya que se pone en peligro el principio de libre competencia en el mercado que deriva de la libertad de empresa, y protege, por otra parte, un interés particular, el de

[8] STSJ de Extremadura de 24 de enero de 1994 (AS 1994, 48).

[9] SSTS de 7 de marzo (RJ 1990, 1773), de 22 de octubre (RJ 1990, 7707) y de 17 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9800).

[10] Un recopilación sistemática de la jurisprudencia y la doctrina judicial sobre los actos de competencia desleal, a la luz de lo dispuesto en la LCD, en GARCIA PEREZ, R.: *Ley de Competencia Desleal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 75-432; en particular –sobre abandono de la empresa y captación de clientela– págs. 114-144 y –sobre el secreto empresarial de los trabajadores– págs. 336-338.

los competidores directamente perjudicados y el de aquellos que también se ven afectados por los actos desleales. En suma, la ley veda los actos de competencia desleal con el fin de salvaguardar la competencia en interés de todos los que participan en el mercado.

Como regla general, "se reputará desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe" (art. 4.1 LCD). Además, la ley recoge una relación casuística de supuestos de competencia desleal; de entre ellos, el más relevante –por el objeto de este estudio– es el que considera desleal "la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente" (art. 13 LCD). La protección que otorga este precepto supera el ámbito de los secretos relacionados con bienes inmateriales protegidos por la propiedad industrial, puesto que se incluyen, junto a los secretos industriales, cualquier otra especie de secretos empresariales. De esta forma, el objeto del secreto es prácticamente ilimitado, pudiéndose extender a cualquier aspecto de la empresa, ya se trate de técnicas de fabricación, de composición de materias primas, de datos comerciales o financieros, o incluso de planes o proyectos de futuro, de listas de clientes y proveedores, etc.

La jurisprudencia laboral, sin embargo, sigue sus propios criterios para calificar la concurrencia como desleal. Así, el concepto de la concurrencia desleal está conformado por aquellas conductas contrarias o en perjuicio de los intereses comerciales o industriales de la empresa principal, con ocasión del desempeño de su segundo empleo u ocupación, siempre que esta segunda actividad profesional genere un interés para el trabajador contrapuesto y en detrimento de los del empleador; situación que origina una presunción *iuris tantum* de que todo trabajo en actividad idéntica o similar, máxime si se desarrolla en la misma ciudad, produce tal perjuicio[11]. Por consiguiente, la competencia desleal incluye la dedicación del trabajador a actividades laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, de la misma o similar naturaleza o rama sectorial de las que está ejerciendo en virtud del contrato de trabajo, siempre que causen a éste un perjuicio real o potencial, generándose con tal actuación intereses opuestos entre las partes[12].

La concurrencia desleal exige, en definitiva, que los trabajadores, olvidando los conocimientos adquiridos con ocasión de sus servicios a la empresa principal, en beneficio de otra, desvíen la clientela[13] o se aprovechen de otra forma de su posición[14], siempre que la actividad concurrente se produzca dentro del mismo

[11] STCT de 28 de noviembre de 1986 (STCT 1986, 10375).

[12] SSTS de 20 de julio de 1990 (RJ 1990, 6447) y de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 1034).

[13] SSTS de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7097) y de 29 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2367).

[14] Así, cuando el trabajador constituye una sociedad mercantil destinada a realizar la misma

plano de actuaciones que desarrolle aquélla[15]. La competencia se valora como desleal, bien porque la perfección profesional que el trabajador adquirió en su relación laboral es utilizada en contra de su principal, o bien porque el puesto que el trabajador desempeña en la empresa signifique, por su categoría o función, la posesión de datos internos de la empresa que constituyan una potenciación de la actividad competitiva, y por ello mismo, una deslealtad en la libre concurrencia del mercado[16].

De los términos expresados por el artículo 21.1 LET "no se requiere la demostración que de la actuación competitiva desleal del trabajador se haya seguido un perjuicio para su empresario; es suficiente que el trabajador realice, por cuenta propia o ajena la competencia desleal"[17]. Basta con que el trabajador se coloque en esta situación de ventaja puesto que la concurrencia desleal no requiere que de ella se derive un perjuicio real y concreto[18], pudiendo ser potencial, por lo que debe aplicarse la presunción *iuris tantum* de que todo trabajo en actividad análoga e idéntica produce perjuicio[19].

Ciertamente, el ilícito laboral que se examina no requiere necesariamente la causación de un perjuicio económico[20], ya que lo característico de esta falta es el elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal[21]. De ahí que tampoco sea decisiva la existencia de ánimo de lucro por parte del trabajador que realiza actividades competitivas desleales[22].

En definitiva, el elemento calificador de la conducta competitiva prohibida no es el perjuicio o daño causado, en cuanto resultado logrado, sino la deslealtad de la conducta seguida, en tanto medio empleado para la obtención de un resultado[23].

No debemos olvidar que la LCD protege los intereses de todos los que parti-

---

actividad de la empresa en la que trabaja, incidiendo sobre un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes [STS de 22 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1889)]. El hecho de constituir una sociedad competitiva con su actual empresario suele ser considerado "como una fase muy próxima a la verdadera concurrencia cuando la empresa no ha comenzado a funcionar y de estricta concurrencia cuando lo ha hecho" [STSJ de Cantabria de 27 de febrero de 2009 (JUR 2009, 187434)].

[15] SSTS de 29 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9100) y de 6 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1835).

[16] STS de 8 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1840).

[17] DURAN LOPEZ, F.: "Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa", cit., pág. 173.

[18] STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 1991 (AS 1991, 2080) y STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 1993 (AS 1993, 5110).

[19] STS de 12 de julio de 1988 (RJ 1988, 5806).

[20] STS de 28 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3908); STSJ de Valencia de 14 de julio de 1992 (AS 1992, 3950).

[21] STS de 17 de abril de 1984 (RJ 1984, 21); STSJ de Madrid de 25 de junio de 1991 (AS 1991, 4106) y STSJ de Andalucía/Málaga de 15 de julio de 1991 (AS 1991, 4195).

[22] STSJ de La Rioja de 11 de septiembre de 1991 (AS 1991, 4937).

[23] FERNANDEZ LOPEZ, Mª. F.: "Competencia desleal: el cambio normativo y la posición de la jurisprudencia", *Revista de Política Social*, núm. 142, págs. 250-253.

cipan en el mercado, y legitima activamente a cualquiera de estas personas para el ejercicio de las acciones[24] previstas en esa Ley (art. 32.1 LCD), por lo que, junto al empresario directamente perjudicado, pueden aparecer otros sujetos –como, por ejemplo, los consumidores– cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal.

2.1.3. Ámbito temporal

La actividad competitiva que resulta prohibida al trabajador es aquélla que "se produce de presente y no de futuro"[25]. No es suficiente, *a priori*, la simple intención o propósito de una futura competencia, puesto que ello es expresión de una pretensión de mejoramiento económico y social que no va contra el derecho, si bien pueden adelantarse actos preparatorios reveladores de la futura competencia que sean suficientes por sí mismos para apreciar esta nota de actualidad, aún cuando la actividad competitiva no haya comenzado todavía[26], pues desde ese mismo momento se consuman unos perjuicios indirectos[27]. Así, por ejemplo, cuando se intenta el reclutamiento de otros trabajadores de la empresa[28] o la captación de clientela[29]; no cuando tan solo se concurre a un concurso público[30]. Con todo, la inclusión de los actos preparatorios ha de matizarse en el sentido de que estas actividades deben tener cierta importancia y una mínima concreción[31], es decir, han de entrar en clara competencia con la empresa a la que pertenece y tener una mínima importancia cuantitativa.

La referencia a que la competencia desleal sea presente o actual, y no de futuro, lleva a preguntarnos qué sucede en los casos en que el contrato de trabajo se encuentra suspendido. La suspensión del contrato de trabajo, por cualquiera de las causas legalmente establecidas, exonera a las partes de sus obligaciones recíprocas de trabajar y de retribuir el trabajo. La suspensión afecta a la ejecución del contrato, sin repercusión alguna sobre el vínculo del mismo, que permanece. Ello explica que algunos derechos y deberes recíprocos del trabajador y del empresario continúen con plena vigencia y, entre ellos, concretamente el deber básico de no practicar concurrencia desleal[32]. En consecuencia, subsiste el deber

[24] *In extenso*, TATO PLAZA, A., FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C.: *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La ley, Madrid, 2010, págs. 347-498.

[25] STS de 8 de julio de 1978 (RJ 1978, 5114).

[26] STSJ de Andalucía/Málaga de 15 de enero de 1991 (AS 1991, 4195) y STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 1991 (AS 1991, 5630).

[27] STSJ de Valencia de 2 de octubre de 1991 (AS 1991, 5831).

[28] STS de 7 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6855).

[29] STS de 17 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9801); STSJ de Navarra de 28 de julio de 2008 (AS 2008, 2489).

[30] STSJ de Madrid de 7 de abril de 2005 (AS 2005, 726).

[31] STSJ de Galicia de 11 de marzo de 1994 (AS 1994, 908).

[32] STS de 11 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8950).

de no competencia desleal durante el período de baja por enfermedad[33]; también durante la suspensión del contrato por sanciones disciplinarias[34] o mientras se disfruta de las vacaciones[35].

Igualmente, la jurisprudencia extiende el deber de no competencia desleal a las situaciones de excedencia, en tanto que son consideradas como causas de suspensión del contrato de trabajo. La excedencia forzosa no plantea ningún problema, ya que viene reconocida expresamente como causa de suspensión del contrato de trabajo [art. 45.1.k) LET]; por el contrario, el Tribunal Supremo afirma que la situación de excedencia voluntaria exime del deber de no concurrencia, o si se concurre el trabajador no incurre en la causa de despido, siempre y cuando la concesión de la misma no se condicione a la no concurrencia, o que la prohibición no conste expresamente en una norma sectorial[36]. En esta misma línea, la doctrina mantiene que la situación de excedencia voluntaria presenta unas peculiaridades propias que le eximen de una aplicación rígida del deber de no concurrencia[37].

Sin embargo, el derecho a la excedencia voluntaria ha de armonizarse con el deber básico del trabajador de no concurrir con la actividad de la empresa, que enuncia el artículo 5.d) LET, ya que la excedencia voluntaria no implica la extinción del contrato laboral sino su suspensión, encuadrable en el artículo 45.1.a) LET. Por ello, las obligaciones exoneradas a las partes por ministerio de la ley son sólo las recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, sin que la ley ni la naturaleza de la excedencia voluntaria exoneren por sí solas al trabajador del deber de no concurrir con la actividad de la empresa[38]. La apreciación de competencia desleal durante la excedencia voluntaria puede perjudicar el derecho del trabajador al ingreso preferente en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa (art. 46.5 LET) en el momento de intentar la reincorporación[39].

Por último, es conveniente hacer referencia también a un supuesto distinto de los anteriormente enunciados, en concreto a la situación que se presenta cuando, recurrida una sentencia que declaró improcedente un despido y habiéndose optado por la readmisión, se abona al trabajador su retribución sin compensación

---

[33] STS de 8 de julio de 1983 (RJ 1983, 3745) y STSJ de Galicia de 1 de julio de 1992 (AS 1992, 3849).

[34] STS de 14 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2555).

[35] STS de 11 de febrero de 1985 (RJ 1985, 629). También SSTSJ de Galicia de 25 de marzo de 1992 (AS 1992, 1254) y de 3 de noviembre de 1993 (AS 1993, 4727).

[36] STS de 7 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2972).

[37] BAYLOS GRAU, A.: "La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial", *Temas Laborales*, núm. 8, 1986, pág. 20.

[38] STS de 3 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7526); STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 18 de noviembre de 1993 (AS 1993, 4728) y STSJ de Murcia de 3 de noviembre de 1993 (AS 1993, 4856).

[39] STSJ de Cataluña de 5 de enero de 1994 (AS 1994, 133).

o contraprestación por parte de éste (art. 295 LRJS: supuesto de ejecución provisional de sentencias de despido). En tal caso, el deber legal de no concurrencia desleal no pierde en absoluto su virtualidad, aunque exista interrupción en la prestación de trabajo[40].

2.2. Efectos jurídicos de su incumplimiento

Las consecuencias de la vulneración de la prohibición de concurrencia desleal no se ciñen solo al ámbito disciplinario [art. 54.2.d LET], sino que pueden ocasionar también el deber de indemnizar propio del incumplimiento contractual (art. 1101 CC, principalmente). La responsabilidad disciplinaria del trabajador es distinta, independiente y compatible con la responsabilidad contractual, de naturaleza resarcitoria, en la que puede también incurrir en el desempeño de sus tareas[41], al incumplir uno de los deberes laborales establecidos *ex lege* o cualquiera de las obligaciones contractuales de la relación de trabajo. Responde, por tanto, el trabajador cuando se produce incumplimiento de deberes y obligaciones, legales o convencionales, y concurran todos los presupuestos que genera la indemnización por daños y perjuicios.

2.2.1. Responsabilidad disciplinaria: el despido del trabajador

La violación de la prohibición de competencia desleal justificará, en su caso, el despido del trabajador porque supone una transgresión de la buena fe contractual [art. 54.2.d) LET][42]. En efecto, si se reúnen las notas que califican la competencia como desleal, se infringe un deber laboral que, dado su carácter de básico en la relación de trabajo, se tipifica como transgresión de la buena fe contractual, siendo causa determinante del despido[43].

Así, incurre en la causa de despido señalada en el artículo 54.2.d) LET el trabajador de una empresa que preste servicios para otra, cuando tales servicios puedan afectar a la captación de clientela, con daño actual o potencial a la empresa a la que está vinculado[44]; o cuando se integre en un comercio, industria o servicio, cualquiera que sea el modo de participación, en los que pueda ejercer actividades competitivas[45]; o en el caso de crear una empresa con idéntico giro

[40] STS de 21 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2203).

[41] STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 1 de septiembre de 2009 (AS 2009, 2802).

[42] Se debe anotar que la LET no recoge expresamente la infracción del deber de no competencia desleal como causa específica de despido [STSJ de Galicia de 3 de junio de 1991 (AS 1991, 3690)].

[43] STSJ de Madrid de 8 de enero de 1991 (AS 1991, 712).

[44] STS de 17 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9801).

[45] STS de 14 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3706).

comercial[46], siendo indiferente la posición o cargo que ocupe en la sociedad mercantil[47], más aún si se instala en la misma ciudad que la primera empresa[48] o en el mismo ámbito geográfico[49].

Para valorar el incumplimiento contractual se tendrán en cuenta diversos elementos, como las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes[50] y la trascendencia y gravedad[51] de la conducta ilícita, buscando una adecuación entre el acto del trabajador y la sanción[52].

El plazo de prescripción para sancionar esta falta es de sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de los hechos concurrentes y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido y finalizado (art. 60.2 LET). De todos modos, mientras la competencia desleal del trabajador no sea conocida por el empresario o por quien tenga en la empresa las facultades para sancionar no comenzará a contarse el plazo de prescripción[53]. No se olvide, además, que la prueba de la prescripción incumbe a quien la alega, debiendo demostrar el momento en que se tuvo conocimiento de la falta laboral.

Algunas sentencias afirman que en el caso de autorización o consentimiento del empresario, expreso o tácito, se enerva la acción de despido al conocer éste la actividad concurrente del trabajador y no prohibirla[54]. Por el contrario, no impide la procedencia del despido la ausencia de perjuicios derivados de la conducta ilícita del trabajador[55].

---

[46] STSJ de Cantabria de 27 de febrero de 2009 (JUR 2009, 187434).

[47] STSJ de Cataluña de 30 de abril de 1993 (AS 1993, 1882).

[48] STS de 20 de junio de 1983 (RJ 1983, 3027); STSJ de Valencia de 16 de noviembre de 1993 (AS 1993, 5831); STSJ de Cataluña de 16 de noviembre de 1993 (AS 1993, 4893).

[49] STSJ de Valencia de 14 de julio de 1992 (AS 1992, 3950).

[50] Por ejemplo, la voluntad convergente de la empresa cliente, ajena a la competencia desleal provocada por el trabajador [STSJ de Cantabria de 27 de febrero de 2009 (JUR 2009, 187434)].

[51] En particular, sobre las circunstancias agravantes de la competencia desleal, vid. AGRA VIFORCOS, B.: "La gravedad de la competencia desleal como requisito de necesaria concurrencia para imponer la sanción de despido", *Relaciones Laborales*, T. II, 2003, págs. 339-362.

[52] Sobre la ponderación de los elementos objetivos –"gravedad"– y subjetivos –"culpabilidad" – en el incumplimiento de la obligación de no concurrencia desleal, vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, cit., págs. 345-358.

[53] SSTSJ de Madrid de 14 de abril (AS 1994, 1587) y 13 de mayo de 1994 (AS 1994, 1989).

[54] La doctrina judicial mayoritaria condiciona la existencia de competencia desleal sancionable a la falta de autorización empresarial, tácita o expresa, de la actividad concurrente del trabajador [SSTSJ de Cataluña de 15 de marzo de 1996 (AS 1996, 1879) y de 10 de octubre de 2000, (AS 2000, 3744); STSJ de Asturias de 19 de abril de 1996 (AS 1996, 1254); STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de junio de 1996 (AS 1996, 2410); STSJ de Aragón de 28 de noviembre de 1998 (AS 1998, 4046), entre otras. Una crítica a esta doctrina judicial en DE VAL TENA, A. L.: "El incumplimiento del deber de no concurrencia como justa causa de despido disciplinario", *Aranzadi Social*, núm. 18, págs. 51-52.

[55] STSJ de Madrid de 25 de junio de 1991 (AS 1991, 4106).

2.2.2. Responsabilidad por daños y perjuicios

Junto a la responsabilidad disciplinaria, cabe exigir la responsabilidad resarcitoria del trabajador por los daños y perjuicios ocasionados al empresario, *ex* artículo 1101 CC[56], debiendo éste demostrar el nexo causal entre la conducta del trabajador y los perjuicios, así como la existencia y la cuantía del daño[57]. De los mismos derivará una indemnización que comprenderá tanto el daño emergente *–damnum emergens–* como el lucro cesante *–lucrum cessans–* (art. 1106 CC), esto es, no solo el valor de la pérdida sufrida por el empleador, sino también la ganancia que haya dejado de obtener[58].

Con esa finalidad, es posible ejercitar una acción de daños y perjuicios por incumplimiento del deber laboral de no hacer concurrencia desleal, debiendo acreditar el empresario no solo que el incumplimiento del trabajador se debe a causas imputables a él, sino también demostrar la existencia real[59] de aquellos; de no acreditarlos, no será posible una condena judicial sobre el pago de cantidad alguna por el concepto de daños y perjuicios. Quiere ello decir que no siempre una actividad competitiva calificada como desleal conlleva aparejada una indemnización adicional por daños o perjuicios, puesto que, como se ha indicado anteriormente, no se requiere, para considerar una conducta o un comportamiento como actuación competitiva desleal, que se derive un perjuicio para su empresario.

Si a consecuencia de la concurrencia ilícita la empresa reclamara al trabajador la pérdida de ganancias que le ha ocasionado la no realización de determinados trabajos, las posibles indemnizaciones se calcularán atendiendo a la diferencia entre los ingresos brutos que hubiera obtenido y los gastos que la actividad le hubiese ocasionado, que es el daño realmente producido[60]. Al respecto, se tendrá en cuenta también la ganancia líquida ilícitamente obtenida, no el importe total de las facturas pagadas por los clientes desviados a la empresa competidora por el trabajador[61]. Asimismo, habrá que valorar la proyección temporal[62] de los daños ocasionados, ya que estos pueden extender sus consecuencias más allá del momento en el que se plantea la reclamación judicial.

---

[56] Vid. ALCAZAR ORTIZ, S. y DE VAL TENA, A. L.: "La responsabilidad del trabajador por incumplimiento del deber de no competencia: criterios jurisprudenciales para determinar la indemnización por daños y perjuicios", cit., págs. 42-43.

[57] STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 13 de enero de 2000 (AS 2000, 208).

[58] Un amplio análisis del daño emergente y del lucro cesante en AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del artículo 21.1 LET)*, cit., 2003, págs. 272-282.

[59] STSJ de Canarias/Las Palmas de 8 de junio de 1995 (AS 1995, 2006).

[60] STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 13 de enero de 2000 (AS 2000, 208).

[61] STSJ de Madrid de 4 de octubre de 1996 (AS 1996, 3060).

[62] STSJ de Navarra de 28 de julio de 2008 (AS 2008, 2489).

Tratándose de un conflicto entre un empresario y un trabajador como consecuencia del contrato de trabajo [arts. 1 y 2.a) LRJS], los órganos jurisdiccionales del orden social serán los competentes para conocer de la reclamación de daños y perjuicios por concurrencia ilícita[63] y, en su caso, determinar la cuantía indemnizatoria. De incurrir la empresa en su demanda en un *plus petitio*, exigiendo como indemnización una cantidad superior al daño real ocasionado, el juzgador tiene la potestad de determinar el perjuicio, sin necesidad de obligar a la parte demandante a iniciar un nuevo litigio con el consiguiente retraso en la resolución de la controversia.

Con todo, la responsabilidad disciplinaria y resarcitoria no son las únicas consecuencias. También serán de aplicación las sanciones previstas en los ámbitos mercantil y penal, cuando concurran las exigencias legalmente establecidas.

3. EL PACTO DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL

3.1. Caracterización legal

Por el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, el empresario y el trabajador quedan recíprocamente obligados: el primero a satisfacer al trabajador una compensación económica adecuada y el segundo a no concurrir con la actividad de la empresa durante un periodo determinado (art. 21.2 LET). La obligación de no concurrencia postcontractual no nace de la ley sino del acuerdo de voluntades entre las partes de la relación laboral, es decir, es fruto de la autonomía privada y no opera como un mandato imperativo del legislador, sin que se configure como una obligación propia e inherente al contenido del contrato de trabajo.

El artículo 21.2 LET precisa, en efecto, que el origen de la obligación de no concurrir se sitúa en un pacto de no competencia aplicable tras la extinción del contrato de trabajo. No existe ya una prohibición *ex lege* de no concurrencia postcontractual[64], sino una obligación creada por la voluntad de las partes, en pre-

[63] Por todas, STS de 22 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6469); STSJ de Castilla y León/Burgos de 28 de septiembre de 1995 (AS 1995, 3240) y STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 13 de enero de 2000 (AS 2000, 208).

[64] Interesa tener presente esta precisión, habida cuenta de que la diferente regulación contenida en el artículo 21.2 LET respecto de la establecida en el artículo 74 la LCT de 1944, que establecía "la prohibición de concurrencia para después de finalizado el contrato de trabajo", señalando que la prohibición de concurrencia para después de terminado el contrato de trabajo caducaba transcurridos dos años, para los trabajadores, y cuatro para los empleados técnicos, o cuando el empresario se hubiera negado a pactar con el trabajador o con el empleado la oportuna indemnización durante los citados años, o si una vez convenida, dejaba de pagarla y, en todo caso, cuando no justificaba el empresario un efectivo interés industrial y comercial en el asunto. Vid., al respecto, DE VAL TENA, A. L.: "Límites legales y convencionales a la libertad de contratación del trabajador", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 18, 1995, pág. 49.

visión de la finalización del contrato. Ello es posible porque nada impide que los derechos y obligaciones referentes a la relación laboral nazcan del acuerdo de los contratantes expresado en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que, en ningún caso, puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos[65].

La validez del pacto se apoya en el artículo 1255 CC, en relación con el 1091 del mismo texto legal, y el 3.1.c) LET. Según este último precepto, los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regularán, además de por las disposiciones legales, reglamentarias y los convenios colectivos, por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo; voluntad que viene limitada, siempre, por la licitud del objeto o las cláusulas convenidas y por las disposiciones normativas imperativas y normas consuetudinarias[66].

El legislador deja abierta la posibilidad de que el trabajador restrinja voluntariamente su propia libertad de trabajo, resultando obligados por el pacto de no competencia postcontractual tanto el trabajador como el empresario, siendo recíproco el interés por el mismo[67]: para el empleador radica en la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador en asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo.

No obstante, la caracterización legal del pacto equilibra los distintos intereses de las partes. Se protege, ciertamente, el interés del empleador, para que no sufra la competencia de quien fue su trabajador y, en paralelo, se establecen unos límites legales a los pactos de no competencia en interés de la libertad del trabajador, exigiendo que se trate de supuestos justificados para poder limitar su derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio recogidos en el artículo 35 CE, sin que este precepto constitucional impida que "la ley ordinaria o infraconstitucional, en función de otros derechos también amparados por la Norma Suprema, pueda autorizar determinadas restricciones para concreta y específica actividad como la que resulta del artículo 21.2 LET"[68]. Por lo tanto, la configuración del marco legal para que despliegue sus efectos la autonomía privada contempla, junto a la protección del interés del empresario por la exclusividad, el interés del trabajador para que no se estipulen pactos abusivos en su perjuicio.

En suma, el distinto contenido y configuración que reviste el principio de no competencia postcontractual tras la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, como ha afirmado el Tribunal Supremo, encuentra justificación en el

[65] STS de 27 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5906).

[66] STSJ de Andalucía/Málaga de 14 de octubre de 1992 (AS 1992, 5034).

[67] Entre otras, SSTS de 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 7042) y de 5 de abril de 2004 (RJ 2004, 3437).

[68] STS de 10 de julio de 1991 (RJ 1991, 5880).

mismo texto constitucional: "la promulgación de la Constitución Española, cuyo artículo 35 consagra como fundamental el derecho-deber al trabajo y del que es fiel reflejo el artículo 4.1 LET, supuso una transcendental modificación en el régimen normativo de aquel deber laboral previsto para después de la vigencia del contrato de trabajo, que pasó, en efecto, de constituir una obligación legal a convertirse en un pacto adicional específico, requerido de precisas e insoslayables exigencias"[69]. Pese a ello, no se limita la libertad contractual de las partes, en los términos que la consagra el artículo 1255 CC, ni neutraliza la efectividad de las obligaciones que pueden surgir de un contrato de trabajo o con ocasión del mismo, a tenor de su naturaleza bilateral, onerosa y sinalagmática.

3.2. Requisitos legales de validez y eficacia

Como el pacto de no competencia postcontractual supone limitar el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio y a la libertad de empresa que se reconoce a todo ciudadano (arts. 35.1 y 38 CE), el legislador ha establecido unos requisitos para la validez y efectividad de esta clase de pactos, que la jurisprudencia ha manifestado que deben ser interpretados restrictivamente[70], esto es, a favor de la libertad del trabajador[71]. Así, el pacto específico de no competencia para después de finalizada la relación laboral, requiere para su validez[72] y eficacia el cumplimiento de los siguientes requisitos[73]: a) que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello; b) que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada; c) que la prohibición de concurrencia no dure más de dos años para los técnicos ni de seis meses para los demás trabajadores.

En primer lugar, el pacto de no competencia se condiciona *ex lege* a que el empresario tenga –y mantenga– un efectivo interés industrial o comercial en que el trabajador no se desarrolle una actividad competencial, sea por cuenta ajena o propia, una vez extinguida la relación laboral[74]. Para que el interés industrial o comercial del empresario pueda ser considerado como efectivo, esto es, relevante y susceptible de protección jurídica, será necesario que la actividad que pueda realizar el trabajador tenga lugar dentro del mismo ámbito de actuación que de-

[69] SSTS de 5 de febrero y de 24 julio de 1990 (RJ 1990, 821 y 6467).

[70] STSJ del País Vasco de 30 de marzo de 1993 (AS 1993, 1384).

[71] STSJ de Navarra de 7 de noviembre de 2007 (PROV 2008, 102514).

[72] Como condiciones de validez las califica NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 75-203, realizando un análisis exhaustivo de cada una de ellas.

[73] Estos mismos requisitos son de aplicación, aunque con matices, a la relación laboral de carácter especial de alta dirección (art. 8.3 RD 1382/1985), a la de los mediadores mercantiles (art. 10.4 RD 1438/1985) y a la de los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos (art. 12 RD 1331/2006).

[74] STS de 29 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7722).

sarrolla la empresa en la que presta sus servicios, en razón de ir dirigida a una potencial e idéntica clientela. Asimismo, se exigirá que el trabajador se beneficie de los conocimientos adquiridos con ocasión de su prestación de servicios en la anterior empresa para favorecer así la actividad concurrente o desviar la clientela de aquélla en interés propio o de otros[75].

Fundamentalmente, estas dos razones otorgan legitimidad de fondo para la validez del pacto, en tanto que acreditan un verdadero interés por parte del empresario a no resultar perjudicado por la actividad concurrente de quien ha sido su empleado. No obstante, se ha visto en este requisito "una reminiscencia de la regulación contenida en el artículo 74 LCT que cuadra más con la anterior situación de prohibición legal de competencia que con la actual en la que se exige pacto expreso para que tenga vigencia tal prohibición"[76]. Con todo, tiene su significado a la hora de dejar sin efecto el pacto y liberar a las partes de su cumplimiento si el efectivo interés industrial o comercial desaparece durante la vigencia del pacto, como más adelante se expresa.

También, en segundo lugar, se exige que se compense económicamente al trabajador y que esta indemnización sea adecuada, asegurándole una estabilidad económica una vez extinguido el contrato para hacer frente a la interrupción de la renta de trabajo que genera la terminación del contrato[77]. Dicha indemnización tiene, respecto del trabajador cesado, una finalidad disuasoria, al objeto de impeler a éste para que se abstenga de llevar a cabo actos que incurran en concurrencia o competencia con la empresa a la que había pertenecido hasta el cese, y, por tanto, también es claro que esta finalidad impone la proporcionalidad entre la duración del compromiso y la cuantía de la indemnización, de modo que la mayor duración de la obligación de no concurrir exige un mayor importe de la compensación pactada y viceversa[78]. En consecuencia, si el plazo de duración establecido por las partes resulta alterado por alguna causa, lógicamente la cuantía inicialmente fijada sufrirá una modificación proporcional al período ampliado o reducido.

En esta línea, el artículo 21.2 LET expresa que la compensación económica que se satisfaga al trabajador sea adecuada. Ello no significa que deba abonarse únicamente la cantidad equivalente a los salarios dejados de percibir durante el tiempo en que despliega sus efectos el pacto, aunque el salario sea una referencia, sino también que se compense la ocasión de ganancia de la que se priva al trabajador, de lo que se deduce que, más que un "salario de inactividad"[79], lo que

[75] STS 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7097).

[76] DURAN LOPEZ. F.: "Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa", cit., pág. 200.

[77] SSTS de 28 de junio y de 29 de octubre de 1990 (RJ 1990, 5537 y 7722).

[78] STS de 2 de enero de 1991 (RJ 1991, 46).

[79] Se ha venido a llamar "salario de inactividad" porque el trabajador sacrifica sus posibilidades laborales futuras [STS de 10 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1445)].

realmente se establece es una indemnización[80] por la limitación del derecho al trabajo justificada por un interés empresarial legítimo; indemnización reparadora que debe ser proporcionada al sacrificio que supone para el trabajador, lo cual dependerá, como se acaba de decir, de un conjunto de circunstancias, entre las que cabe destacar la merma que supone de sus posibilidades reales de colocación o los trastornos que le exija, así como el tiempo que dure esa limitación[81].

La actuación del Juez de lo Social se circunscribe a controlar si la compensación es adecuada o no[82], ya que si se omitiera en el pacto la compensación económica, dicha omisión no puede ser subsanada por el órgano jurisdiccional mediante pronunciamiento constitutivo. Siendo el señalamiento de la compensación económica un requisito esencial de validez y licitud del pacto, su ausencia vicia a este último de nulidad *ab origine* y no puede reconocérsele efectividad[83].

La observancia del requisito de abonar una compensación económica adecuada no se ve afectada por la forma en que se produzca su abono, pudiéndose satisfacer mediante liquidaciones periódicas[84] durante la vigencia del contrato de trabajo o pagado dicha compensación una vez extinguido el contrato de trabajo mediante una cantidad a tanto alzado[85].

Por último, y en tercer lugar, se establece un límite temporal, no como requisito de validez aunque condiciona su eficacia: el pacto no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y a seis meses para los demás trabajadores, con independencia del carácter temporal o indefinido del contrato. Si el período de vigencia pactado supera el límite máximo señalado por el artículo 21.2 LET, al tener ese límite máximo su origen en una norma de derecho necesario, que tanto trabajador como empresario están obligados a respetar y observar, la eficacia del pacto no llegará más allá de los dos años, si se trata de un técnico, o de los seis meses, si es un trabajador común. Y ello en virtud del artículo 9.1 LET, que dispone que "si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1 de esta Ley".

El legislador, por lo demás, no impone requisito alguno de carácter formal, aunque sí se exige por parte de la jurisprudencia que el pacto de no competencia para después de extinguida la relación laboral sea expreso, bien escrito o verbal[86].

---

[80] STS de 2 de enero de 1991 (RJ 1991, 46).

[81] STSJ del País Vasco de 24 de febrero de 2004 (AS 2004, 1877).

[82] STSJ de Andalucía/Málaga de 14 de octubre de 1992 (AS 1992, 5034).

[83] STS de 10 de julio de 1991 (RJ 1991, 5880).

[84] STSJ de Cataluña de 12 de mayo (AS 1992, 2834) y de 23 de octubre de 1992 (AS 1992, 5146) y de 17 de marzo de 2004 (PROV 2004, 146080).

[85] SSTS de 4 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3966) y de 3 de febrero de 1991 (RJ 1991, 790).

[86] STS de 6 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1835).

Y aunque nada diga el artículo 21.2 LET, tales pactos han de ser formalizados individualmente frente a cada trabajador al afectar a derechos singulares de los que no puede disponerse en sede colectiva[87].

3.3. La extinción del pacto y sus consecuencias jurídicas

3.3.1. Supuestos

La extinción de los efectos del pacto de no competencia postcontractual viene impuesta, obviamente, por la finalización del período de vigencia fijado. No obstante, nada impide, desde el punto de vista legal, que las partes de mutuo acuerdo extingan el pacto *ante tempus*. Asimismo, el pacto resultará ineficaz cuando el contrato se resuelva por incumplimiento imputable al empresario, al ser una estipulación tributaria del contrato[88].

Cuestión diferente es la extinción unilateral del pacto por alguna de las partes en cualquier momento. La doctrina entiende que el empresario podrá renunciar[89] al pacto sobre la base del artículo 21.2 LET, que estipula un derecho de la empresa, aunque sería necesario establecer un plazo de preaviso para amortiguar los perjuicios que pudieran causarse al trabajador. Sin embargo, algunos pronunciamientos jurisprudenciales mantienen acertadamente una posición contraria a la renuncia injustificada a lo pactado por parte del empresario, dado que se trata de un acuerdo con obligaciones bilaterales, cuyo cumplimiento, por imperativo del artículo 1256 CC, no puede dejarse al arbitrio de una sola de las partes[90]. De igual manera, no podrá sostenerse la renuncia unilateral por parte del trabajador.

El problema se manifiesta a la hora de determinar, de ser posible, cómo el empresario, o en su caso el trabajador, puede extinguir unilateralmente[91] este

---

[87] DURAN LOPEZ, F.: "Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa", cit., pág. 196. Aun así, según NEVADO FERNANDEZ, Mª. J.: "La prohibición de competencia por imperativo legal y el pacto de no competencia", *Actualidad Laboral*, núm. 21, 1993, pág. 387, el convenio colectivo podría contener las directrices o pautas que, en caso de alcanzar el acuerdo, regularían el pacto de no competencia. Por ejemplo, el convenio podría reducir la duración máxima prevista en el Estatuto de los Trabajadores, o fijar el ámbito territorial o geográfico de las actividades limitadas que van a constituir el contenido del pacto. Vid. CHARRO BAENA, P.: "El pacto de no competencia postcontractual", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1995, pág. 20.

[88] STSJ de Castilla y León/Burgos de 15 de enero de 1993 (AS 1993, 38).

[89] Mayoritariamente, por todos, DURAN LOPEZ, F.: "Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa", cit., pág. 200.

[90] SSTS de 24 de septiembre y de 29 de octubre de 1990 (RJ 1990 7042 y 7722) y de 10 de julio de 1991 (RJ 1991, 5880).

[91] Sobre la facultad de desistimiento unilateral como causa de extinción del pacto de no competencia y los requisitos para su validez, vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, cit., págs. 225-232.

pacto. No parece que sea de aplicación el artículo 41 LET sobre modificaciones sustanciales, porque éstas no son condiciones de trabajo, sino de abstención del trabajo.

En síntesis, las posibilidades de extinguir dicho pacto anexo al contrato, además de por el cumplimiento del término convenido o por causas inherentes a la persona del trabajador o del empresario[92], son varias:

a) Que se suprima de mutuo acuerdo –novación contractual–, ya sea durante la vigencia del contrato o extinguido éste.

b) Que se denuncie su vigencia por el empresario antes de la extinción del contrato de trabajo, por desaparecer su efectivo interés industrial o comercial. Así, el empresario –de ser el interesado en anular el pacto– podrá ejercitar una acción de nulidad ante la Jurisdicción Social, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.1 LET, ya que ha desaparecido el objeto –salvaguardar un "efectivo interés"– del pacto, debiendo el Juez que declare la nulidad hacer el debido pronunciamiento sobre la subsistencia del resto del contrato. De la misma manera, si el empresario pierde su efectivo interés comercial o industrial y no denuncia el pacto suscrito, podrá el trabajador solicitar del Juez de lo Social que éste deje de producir efectos jurídicos, debiendo probar que el empleador carece de interés real y efectivo en su mantenimiento.

c) Que el contrato se resuelva por incumplimiento imputable al empresario, por cuanto el pacto resultará ineficaz, al ser una estipulación tributaria del contrato[93].

d) Que el empresario deje de abonar la compensación económica o el trabajador rompa el pacto de no competencia: se puede aplicar el artículo 1124 CC, pidiendo la parte que permanece fiel al pacto la resolución del mismo ante el Juez de lo Social, con el resarcimiento de daños.

e) Que simplemente se incumpla por el empresario o por el trabajador, pero no se pida la resolución. En tal caso, la parte cumplidora puede pedir al Juez lo Social, mediante demanda de reclamación de cantidad –el trabajador– o de daños y perjuicios –el empresario– para que se condene a cumplir sus obligaciones a la parte que no ha permanecido fiel al contrato o que se le obligue a resarcir los daños y perjuicios causados.

---

[92] NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, cit., págs. 221-224, analiza la incidencia que la incapacidad, jubilación o muerte de una de las partes pueden tener como causa de extinción del contrato de trabajo y, a la vez, como causa de extinción del pacto de no concurrencia postcontractual.

[93] STSJ de Castilla y León/Burgos de 15 de enero de 1993 (AS 1993, 38).

3.3.2. Incumplimiento injustificado e indemnización de daños y perjuicios: criterios de valoración

La eficacia del pacto de no competencia postcontractual se halla inexcusablemente condicionada al cumplimiento por parte del empleador de todos los requisitos exigidos *ex lege*. Si el empresario no abona la compensación económica pactada no queda extinguido, sin más, el pacto de no competencia postcontractual, pudiendo el trabajador exigir judicialmente su estricto cumplimiento o ejercer una acción resolutoria del mismo para concluir el pacto y liberarse de su obligación de no concurrencia postcontractual; además, el incumplimiento empresarial dará lugar a una indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento del empresario le haya podido ocasionar (art. 1101 CC), puesto que el cumplimiento de las obligaciones no puede quedar a la voluntad de uno de los contratantes[94].

Pero no sólo está obligado por el pacto de no competencia el empresario, también lo está el trabajador, puesto que estamos ante una obligación bilateral y recíproca, cuyo cumplimiento, por imperativo del artículo 1256 CC, no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes[95]. Cuando se compruebe el incumplimiento de la obligación de no concurrencia postcontractual, el empresario puede dejar de abonar la compensación económica, si no se hubiera abonado anticipadamente, y solicitar al órgano judicial la resolución del pacto de no competencia; alternativamente, de ser más útil para preservar sus intereses, podrá ejercer una acción para que cese la actividad prohibida (arts. 1098 y 1099 CC) y se respete lo acordado[96].

El incumplimiento del pacto de no competencia por parte del trabajador obliga a éste a devolver al empresario la compensación o indemnización económica indebidamente percibida, aparte de responder por los daños y perjuicios que la violación del pacto haya ocasionado al empresario, ya que no se puede esgrimir, con verdadero rigor jurídico, que la liquidación de una relación laboral entre las partes prive de eficacia a un pacto del propio contrato de trabajo que, precisamente, ha de cobrar toda su virtualidad a partir de la extinción de aquél[97]. No obstante, cabe pactar anticipadamente la cuantía de la indemnización en el supuesto de incumplimiento, con la ventaja para el trabajador de que la empresa no podrá reclamarle una indemnización superior, aunque se pruebe que los daños y perjuicios inferidos no quedan cubiertos por la cuantía de la misma[98].

---

[94] STS de 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 7042).

[95] STS de 29 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7722).

[96] Un análisis de los mecanismos de protección del derecho de crédito del empleador en NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, cit., págs. 235-240.

[97] STS de 5 de febrero de 1990 (RJ 1990, 821).

[98] STSJ de Baleares de 30 de julio de 1991 (AS 1991, 4728).

Esta última cuestión nos acerca al problema de la licitud de las cláusulas penales que aseguran el cumplimiento de los pactos. El artículo 1152 CC afirma que "en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado". Se persigue, de este modo, garantizar la obligación principal, en nuestro caso la no concurrencia del trabajador durante el período pactado. La jurisprudencia admite la validez de los pactos con cláusula penal en el caso de incumplimiento de la obligación de no concurrencia, aunque advierte que las cláusulas penales deben ser interpretadas restrictivamente para no incurrir en abusos injustificados[99]. Así, pactada una indemnización en función de una obligación de no concurrencia de dos años, si ésta se reduce a seis meses, por no serle de aplicación la categoría de técnico, debe reducirse proporcionalmente la indemnización fijada[100].

El empresario puede dirigirse contra el trabajador en el plazo de prescripción de un año (art. 59.1 LET), a partir de que se hubiera ejecutado un único acto de concurrencia o desde que la concurrencia continuada hubiere cesado[101]. Lógicamente, el empresario no puede ejercitar acción alguna contra el trabajador hasta que el incumplimiento postcontractual se produzca o tenga conocimiento del mismo, y solo desde ese día (art. 1969 CC) empieza a correr el plazo de prescripción anual[102], de manera que si se deja transcurrir dicho plazo prescribirá la reclamación completa que el empresario tenía derecho a ejercitar desde que conoció el incumplimiento del pacto de no concurrencia por parte del trabajador, no únicamente las cantidades que correspondan al periodo de un año anterior a la fecha del ejercicio de la acción. Entender que del incumplimiento se puede derivar exclusivamente la obligación de devolver las cantidades percibidas en concepto de pacto de no competencia durante el año anterior a la fecha de ejercicio de la acción de reclamación por el empresario supondría, en los supuestos en los que el empresario tuviese conocimiento tardío de dicho incumplimiento o bien éste se produjese después del primer año de periodo postcontractual –cuando el pacto abarque más tiempo–, cerrar toda posibilidad de recuperar lo abonado durante la vigencia del contrato, colocando al empresario en una situación material de indefensión ante el enriquecimiento injusto del trabajador que incumple lo pactado.

La competencia judicial para resolver cualquier controversia sobre la validez y eficacia del pacto de no concurrencia postcontractual, así como para determinar las responsabilidades por su incumplimiento, incluyendo la reclamación de daños y perjuicios, se reserva a los órganos jurisdiccionales del orden social, por traer causa aquel pacto del contrato de trabajo celebrado entre las mismas partes [arts. 1 y 2.a) LRJS].

---

[99] STS de 27 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1507).

[100] STS de 2 de enero de 1991 (RJ 1991, 46).

[101] STS de 3 de febrero de 1991 (RJ 1991, 790).

[102] STS de 25 de octubre de 2010 (RJ 2010, 8456).

3.3.2.1. La obligación de restituir la compensación económica percibida

Cuando, en sede judicial, se declara la nulidad del pacto de no concurrencia futura simultáneamente se fijan las consecuencias jurídicas que dicho pronunciamiento acarrea sobre aquel pacto accesorio y sobre el propio contrato de trabajo.

Como es sabido, si resulta nula solo una parte del contrato de trabajo, éste permanece válido en lo restante, siendo completado con los preceptos jurídicos adecuados (art. 9.1, párrafo primero, LET); se traslada así el régimen común de la nulidad parcial del negocio jurídico, consistente en la eliminación de las cláusulas opuestas a los preceptos imperativos y, de ser posible, su preceptiva sustitución por el contenido de las normas de derecho necesario eludidas, evitando así el fraude de ley. Además, cuando el trabajador tenga asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, el órgano del orden social de la jurisdicción que declare la nulidad debe pronunciarse sobre la subsistencia o supresión, en todo o en parte, de dichas condiciones o retribuciones (art. 9.1, párrafo segundo, LET). De ahí que corresponda al órgano judicial fijar el destino de la prestación económica ya percibida o a percibir por el trabajador, lo que se debe hacer atendiendo a las concretas circunstancias del caso, sin perjuicio de que pueda hacerse con razonable aplicación analógica de las reglas contenidas en el artículo 1306 CC[103].

De haber percibido el trabajador una compensación económica, la nulidad del pacto de no competencia postcontractual, ya sea por resultar abusivo[104] o por no cumplir alguno de los requisitos que el artículo 21.2 LET establece para la validez de este tipo de pactos[105], conllevará la obligación de aquel de reintegrar las cantidades percibidas[106], puesto que dicha compensación no retribuye la prestación de servicios[107], sino que constituye una indemnización por el compromiso de

[103] STS de 30 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 252); doctrina que se reitera en la STS de 20 de junio de 2012 (RJ 2012, 8344).

[104] Así, por haberse pactado la inconcurrencia de dos años en un contrato temporal cuya duración inicial era de tres meses [STS de 7 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 1692)] o también de dos años en un contrato eventual por circunstancias de la producción de seis meses, prorrogado por otros seis [STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2002 (AS 2002, 3181)]. En supuestos semejantes se advierte un desequilibrio contractual, conceptuado como abuso de derecho [STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de octubre de 2004 (AS 2004, 3689)].

[105] Por ejemplo, que no se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada [STS de 20 de junio de 2012 (RJ 2012, 8344)].

[106] Por todas, STS de 25 de octubre de 2010 (RJ 2010, 8456).

[107] Si bien es cierto que se presume que todas las percepciones económicas del trabajo tienen su causa en la prestación de los servicios (art. 26.1 LET), no lo es menos que tal presunción es *iuris tantum*, y en el caso de pactar la no competencia postcontractual las cantidades que tienen origen en el mismo no retribuyen la prestación de servicios, "por lo que la nulidad del pacto no ha de trocar en salariales unas percepciones que nunca tuvieron tal carácter" [SSTSJ Cataluña de 13 de marzo

no concurrir. Ciertamente, el trabajador no puede consolidar una compensación económica so pena de obtener un enriquecimiento injusto. Dicha percepción, en efecto, se convierte en una contraprestación sin causa, por lo que dado el carácter sinalagmático del pacto de no concurrencia postcontractual, el trabajador tiene la obligación de reintegrar las cantidades percibidas.

Pues bien, si en los supuestos de nulidad total del pacto de no competencia postcontractual el fundamento de la condena a devolver toda la compensación económica deviene de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, cuando, por el contrario, el órgano juzgador aprecie la nulidad parcial del pacto –caso de acordar una duración superior a la legalmente establecida, según se considere al trabajador como personal técnico o no– la aplicación de aquella doctrina ha de llevar a la conclusión de que la restitución debe ser proporcional[108] al tiempo pactado y que no debe cumplirse porque excede del máximo legal, conforme a la cualificación del trabajador.

Estos mismos criterios jurisprudenciales son aplicables a los supuestos de incumplimiento por el trabajador del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo. Así, cuando el trabajador incumpla esa obligación postcontractual podrá el empresario reclamar la devolución de lo percibido[109], dejando de abonar lo pactado, si se hubiera diferido, en parte, su abono. No se acepta reducir la indemnización percibida en proporción al grado de incumplimiento de la obligación de no concurrencia, ya que no es posible establecer estados intermedios entre el cumplimiento y el incumplimiento de la misma.

Puede suceder, no siendo extraño, que el pacto de no concurrencia postcontractual incorpore una cláusula penal para el supuesto de transgresión de la obligación de no efectuar competencia y que se acuerde reintegrar la suma percibida[110]. Sin embargo, establecer una cuantía superior, sin que resulte exigible la existencia efectiva y real de daños, se ha entendido que produciría una considerable desproporción económica entre las respectivas obligaciones[111]; criterio judicial que choca con la propia naturaleza de la cláusula penal.

---

de 2006 (AS 2006, 2407), de 4 de febrero de 2009 (AS 2009, 890) y de 14 de diciembre de 2010 (AS 2011, 304)].

[108] STS de 10 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1445).

[109] STS de 9 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1443).

[110] La STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2008 (AS 2008, 3211) no aplicó una cláusula penal pactada que obligaba al trabajador a restituir el doble de lo cobrado como compensación económica por el pacto de no concurrencia postcontractual, moderando su contenido y condenando al trabajador a devolver a la empresa solamente el importe de la compensación económica percibida durante la vigencia de la relación laboral.

[111] STSJ de Madrid de 16 de junio de 2008 (PROV 2008, 283705).

3.3.2.2. La indemnización adicional de daños y perjuicios

La cláusula de no concurrencia postcontractual incorporada a un contrato de trabajo es el origen de una obligación bilateral y recíproca, como se ha dicho. Por lo tanto, su incumplimiento dará lugar al deber de indemnizar a la otra parte los daños y perjuicios *ex* artículo 1101 CC. Quien denuncie el incumplimiento estará obligado a aportar prueba suficiente tanto de los hechos contrarios a la obligación asumida de no concurrir con la actividad de la empresa, como de los daños y perjuicios producidos por la inobservancia del pacto, de solicitar una indemnización compensatoria[112].

Si queda probado el incumplimiento del pacto por la actuación contraria del trabajador y el empresario ha abonado la compensación económica adecuada, obviamente, los daños serán, al menos, equivalentes a la compensación económica abonada en virtud de lo acordado; y ello porque esa indemnización se ha satisfecho sin que, como contraprestación, el empresario vea cubierto su efectivo interés en la no concurrencia del que fue su trabajador. Por consiguiente, probado el incumplimiento contractual por parte del trabajador y el abono de la compensación económica por el empresario, la indemnización del daño alcanzará la cuantía de esta última, a la que cabría sumar los intereses legales que se devenguen hasta su total restitución.

Pero, en ocasiones, los daños y perjuicios pueden superar la compensación económica abonada por el empresario hasta la cuantía que éste pueda demostrar, de ahí que el incumplimiento del pacto postcontractual requiera el reintegro de la compensación económica percibida por ello y, adicionalmente, la indemnización de los daños y perjuicios[113]. Cabe pensar en la pérdida de clientes e ingresos, que supongan una disminución de la cuenta de resultados de la empresa, si bien será necesario realizar una proyección o previsión de futuro, sumando a los daños ya producidos otros que previsiblemente puedan producirse.

Ante esta dificultad, se revelan de gran utilidad las cláusulas penales incorporadas a los pactos de no competencia postcontractual, que se actualizan tras el incumplimiento del trabajador y que cubren, *a priori*, los daños y perjuicios que se puedan ocasionar, valorándolos en una cuantía fijada a tanto alzado. En las obligaciones con cláusula penal, como ya se ha afirmado anteriormente, la pena sustituye a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado (art. 1152 CC). La cláusula penal, en caso de incumplimiento, puede obligar al trabajador a devol-

[112] Vid. ALCAZAR ORTIZ, S. y DE VAL TENA, A. L.: "La responsabilidad del trabajador por incumplimiento del deber de no competencia: criterios jurisprudenciales para determinar la indemnización por daños y perjuicios", cit., págs. 51-53.

[113] STSJ de Murcia de 12 de mayo de 2008 (PROV 2008, 275938).

ver una indemnización mayor que la compensación recibida en virtud del pacto de no concurrencia postcontractual, sin que ello suponga renuncia anticipada de derechos[114].

Los órganos judiciales, no obstante, pueden examinar la validez de la cláusula penal incorporada al pacto de no concurrencia postcontractual y determinar su "validez parcial"[115], reduciendo la suma indemnizatoria (art. 1154 CC), o su nulidad[116]. En verdad, se podrá enjuiciar la proporcionalidad[117] de la indemnización penal pactada en relación con la compensación económica abonada al trabajador[118] o la extensión temporal y material del acuerdo de no competencia, no el grado de incumplimiento por parte del trabajador[119], pudiendo resultar aquella abusiva o contraria a la buena fe contractual[120].

Dejando al margen los pactos abusivos o contrarios al principio de buena fe contractual, lo cierto es que confirmada la validez del pacto de no concurrencia y pactado expresamente el abono de una determinada cantidad para el supuesto de no respetarlo, será solo esa cantidad la que deba abonar el trabajador al empresario, sin que proceda condenar también al trabajador a restituir la cantidad percibida durante la vigencia del contrato como compensación económica por la obligación asumida de no competencia una vez extinguida la relación laboral con la empresa. En los supuestos de incumplimiento postcontractual por parte del trabajador, no es aceptable sumar a la indemnización pactada en la cláusula penal la cuantía previamente percibida, durante la vigencia del pacto de no concurrencia, por ese concepto; entender lo contrario –devolución de lo percibido más la cantidad pactada como indemnización– rompería la obligada bilateralidad del

[114] Como señala la STS de 9 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1443), "el pacto no competencia contractual crea sobre todo expectativas de derecho, que permiten la consolidación por el trabajador de la compensación económica recibida por renunciar a concurrir con la actividad de su antigua empresa durante cierto tiempo, o autoriza al empresario a reclamar la devolución de lo percibido cuando el trabajador incumple esa prohibición de concurrencia"; por tanto, "no existe renuncia anticipada de derechos legales o convencionales indisponibles".

[115] STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2008 (AS 2008, 3211).

[116] Así deviene nula la obligación de restituir al empresario todas las compensaciones económicas percibidas para el caso de incumplimiento, aunque se hubiera pactado y se haya producido el incumplimiento, y ello porque "la validez de la cláusula de no concurrencia se halla inexcusablemente condicionada, dada la evidente limitación que supone para el derecho al trabajo (art. 35 CE), a la contrapartida para el trabajador de recibir una compensación económica adecuada", resultando nula aquella si la compensación económica no es adecuada [STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de enero de 2003 (AS 2003, 3195)].

[117] STS de 10 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1445).

[118] STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2006 (AS 2006, 1908).

[119] La STSJ de Andalucía/Granada de 31 de enero de 2007 (JUR 2008, 18881) no acepta que la indemnización pactada pueda ser reducida en proporción al grado de incumplimiento por parte del trabajador.

[120] STS de 9 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1443).

contrato, pues se impondrían al trabajador unas consecuencias indemnizatorias desproporcionadas[121].

4. EL PACTO DE PERMANENCIA EN LA EMPRESA

4.1. Configuración y alcance

El pacto de permanencia en la empresa consiste en el compromiso por parte del trabajador de no extinguir la relación de trabajo durante cierto periodo de tiempo, cuando previamente haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario[122]. Por lo tanto, en virtud de ese pacto, el trabajador asume la obligación de trabajar para un empresario durante determinado lapso de tiempo, renunciando expresamente a la posibilidad de dimisión con preaviso contemplada en el artículo 49.1.d) LET[123]. En verdad, el trabajador que firma un pacto de estas características no renuncia a la dimisión fundada en una de las causas previstas en el artículo 50 del mismo texto –despido indirecto–, sino, solamente, a la dimisión *ad nutum* o *sine causa*.

La regulación de ese tipo de pacto en el artículo 21.4 LET supuso una importante novedad en su momento ya que anteriormente no existía regulación específica[124], aunque eran frecuentes en la práctica[125]. Este precepto incorpora una limitación al derecho del trabajador a cambiar de trabajo o a su movilidad entre distintas empresas, al permitir la validez del acuerdo en cuya virtud aquél se compromete a permanecer en una empresa durante un periodo concreto de tiempo como contraprestación a la formación que ha recibido a cargo de la misma empresa. Señala el legislador, así, que "cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo".

---

[121] Como señala la STS de 20 de abril de 2010 (RJ 2010, 4669), dicha consecuencia –devolver lo percibido en concepto de plus de no competencia durante la vigencia del contrato y una indemnización adicional pactada– "resulta a todas luces asimétrica con el incumplimiento del trabajador".

[122] Vid. ALCAZAR ORTIZ, S. y DE VAL TENA, A. L.: "Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa", cit., pág. 133.

[123] STCT de 14 de julio de 1988 (RTCT 1988, 4922).

[124] Vid. MARTINEZ GIRON , J.: "La dimisión del trabajador", *Actualidad Laboral*, núm. 20, 1990, pág. 237, que cita cómo la LCT de 1944 no regulaba tal pacto, si bien era sancionado por la jurisprudencia [SSTS de 3 de febrero y 11 de marzo de 1975 (RJ 1975, 425 y 1273, respectivamente)].

[125] Sobre la situación previa a la vigencia del Estatuto de los Trabajadores y las posiciones jurisprudenciales, vid. BOTANA LOPEZ, J. Mª.: "El pacto de permanencia en la empresa", *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 6, 1992, pág. 7.

Sobre la compatibilidad del precepto con los artículos 35 CE y 4.1.a) LET, se puede sostener que en uso de la libertad de elegir profesión u oficio se pueden imponer voluntarias limitaciones temporales, máxime cuando de ellas devienen ventajosas contraprestaciones. Y así, con referencia al orden profesional, "el trabajador puede vedar, durante determinado tiempo, y, por tanto, sin una vinculación definitiva, que le convertiría propiamente en un siervo de la gleba (que es a lo que responde la prohibición del artículo 1.583 CC), la posibilidad de cambio de profesión u oficio, pues, incluso, ello no deja de ser una manifestación de su libertad personal, como lo sería también el incumplimiento de lo pactado, sin perjuicio de las posibles consecuencias indemnizatorias que tal conducta incumplidora traería consigo"[126]. Con tal pacto, en definitiva, se protege el interés del empresario para que el trabajador permanezca en la empresa y no resulte perjudicado por la decisión de extinguir su relación laboral, si bien el trabajador conserva su libertad de trabajo[127].

4.2. Requisitos legales y efectos de su incumplimiento

El pacto de permanencia, según resulta del tenor del artículo 21.4 LET, exige para su validez la concurrencia de los siguientes requisitos[128]:

1º.- Que se trate de un pacto individualmente concertado entre el empresario y el trabajador, bien con ocasión de suscribir el contrato, bien añadiéndolo posteriormente. El empresario no puede obligar al trabajador a firmar este pacto una vez contratado; a lo más que puede llegar es a condicionar la contratación del trabajador a la celebración del pacto de permanencia en la empresa o a no facilitar la especialización a un trabajador ya contratado si se niega a firmar dicho pacto[129]. Obviamente, tampoco se podrá establecer en convenio colectivo[130] la obligatoriedad de permanencia mínima en la empresa.

---

[126] STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 1989, *Actualidad Laboral*, 1990, núm. 262.

[127] MARTIN VALVERDE, A; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F; GARCIA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., Tecnos, Madrid, pág. 542. En el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 329, mantiene que "el deber de buena fe no se concreta en la exclusión de actividades concurrentes, sino en el aseguramiento de una duración dada al contrato de trabajo *cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico*".

[128] Por todas, SSTS de 29 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 1889), de 26 de junio de 2001 (RJ 2001, 7795) y de 6 de mayo de 2002 (RJ 2002, 7891). En la doctrina, *in extenso*, ALCAZAR ORTIZ, S. y DE VAL TENA, A. L.: "Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa", cit., págs. 134-136.

[129] DURAN LOPEZ, F.: "Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa", cit., pág. 202.

[130] En contra, BOTANA LOPEZ, J. Mª.: "El pacto de permanencia en la empresa", cit., pág. 18, mantiene que no existe norma que impida establecer la obligación de permanencia por convenio colectivo, si el trabajador acepta recibir la especialización profesional.

2º.- Que el pacto se formalice por escrito; exigencia formal que entendemos es un exigencia *ad solemnitatem*, condicionando, por lo tanto, la validez del pacto a su observancia. De no concurrir la forma escrita la prohibición no actuará, aunque se pruebe su existencia.

3º.- Que exista una causa específica que justifique el pacto de permanencia. Esta, concretamente, ha de ser la especialización profesional que recibe o va a recibir el trabajador, entendiendo que tal especialización debe ser proporcionada por la propia empresa. Es indiferente la duración del curso, por corta que ésta sea, si mediante su superación el trabajador ha mejorado su capacitación profesional[131]. El legislador, por lo demás, excluye aquella especialización que no suponga coste alguno para el empresario por estar subvencionada por organismos ajenos a la empresa.

Se trata, en efecto, de que la formación dada por la empresa al trabajador sea "para poner en marcha un proyecto determinado" o "para realizar un trabajo específico" (art. 21.4 LET), esto es, la llevada a cabo a iniciativa de aquélla y no cualquier formación o enseñanza que reciba el trabajador, y menos a la que está obligada para garantizar el derecho a su formación, reconocido en el artículo 4.2.b) LET, especialmente en el contrato en prácticas.

Por ello, la jurisprudencia exige que la formación sufragada por la empresa se manifieste en un *plus* de cualificación del trabajador en relación con la que corresponde habitualmente a la tarea o a la prestación laboral contratada, "permitiendo a quien la ha recibido mayores facilidades de colocación en el futuro y, por otra, que origine al propio tiempo a la empresa un verdadero perjuicio la marcha anticipada del trabajador sin haber resarcido a la empleadora del esfuerzo, que no necesaria y exclusivamente debe ser económico o financiero, que le ocasionó la especialización a su cargo del empleado"[132].

No es posible, en consecuencia, exigir un pacto de permanencia en los casos en los que la formación es una obligación del empresario en cumplimiento del propio deber legal que la exige como requisito para la prestación de la actividad laboral contratada[133].

El objeto y razón de ser del pacto es, pues, la especialización recibida por el trabajador. De ahí que el acuerdo escrito debe expresar necesariamente la formación concreta y específica que ha recibido o recibirá el trabajador, siendo condición para su validez que el proceso formativo haya sido real y efectivo, sin que sea suficiente su mera planificación o previsión. Por ello, en el supuesto de que

[131] STS de 23 de julio de 1990 (RJ 1990, 6458).
[132] STS de 26 de junio de 2001 (RJ 2001, 7795).
[133] STS de 19 de septiembre de 2011 (RJ 2012, 688).

la formación se discuta por el trabajador, corresponde al empresario la prueba de que éste ha recibido efectivamente esa formación específica[134].

4º.- Que tenga una duración cierta, es decir, perfectamente determinada. En ningún caso puede exceder de dos años[135], que no se puede rebasar, de manera que la libertad del trabajador no puede quedar constreñida por un plazo superior. El legislador considera razonable este periodo de tiempo para que el empresario recupere la inversión efectuada para especializar o formar al trabajador, computándose desde que el trabajador haya obtenido la calificación de la que se beneficia la empresa y el propio trabajador, no existiendo antes una justificación para una restricción a su libertad para extinguir la relación laboral. No obstante, el acuerdo sobre una duración superior a dos años no determinará la nulidad total[136] del pacto, puesto que la cláusula será nula, tan sólo parcialmente, en todo el tiempo que exceda de la duración máxima legalmente establecida (art. 9.1 LET). Caso de no establecer una duración cierta para el pacto, al ser un requisito esencial para su validez, la ilegalidad de tal cláusula es manifiesta porque impide saber su duración[137].

En cuanto a la determinación del comienzo del plazo contractual de permanencia al servicio de la empresa, el Tribunal Supremo ha señalado que el tiempo verbal empleado por el artículo 21.4 LET –"haya recibido"– permite, "sin violencia interpretativa alguna, entender que el periodo de mantenimiento al servicio de la empresa como compensación de la cualificación profesional recibida debe computarse desde que tal evento se haya producido, y ello en mérito a la propia reciprocidad de las obligaciones contraídas en virtud del pacto"[138].

Si se pacta válidamente la permanencia quedará sin efecto el periodo de prueba, lo que impedirá –de facto– al trabajador desistir el contrato mientras dure el pacto; dicho con otras palabras, la inserción en el contrato de una cláusula de

---

[134] STS de 26 de junio de 2001 (RJ 2001, 7795).

[135] La duración determinada no superior a dos años rige para el contrato de trabajo común. Sin embargo, existen excepciones a esta regla general en algunas relaciones laborales de carácter especial; así, en la relación de trabajo del personal civil al servicio de establecimientos militares se establece un máximo de tres años (art. 20 RD 2205/1980, de 13 de junio), o en la relación laboral especial de alta dirección, donde se dice que se determinará libremente su duración siempre que no implique abuso de derecho (art. 8.2 RD 1382/1985, de 1 de agosto), o en la de los deportistas profesionales donde existe la obligación de permanencia durante la vigencia del contrato (art. 16.1 RD 1006/1985, de 26 de junio). Respecto del personal de alta dirección, vid. DE VAL TENA. A. L.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, cit., pág. 312.

[136] La doctrina judicial sostuvo, en sentido contrario, la ilegalidad de la cláusula, y por consiguiente su nulidad, cuando se fija un periodo mínimo de dos años, pudiendo ampliarse al arbitrio del empresario [STCT de 14 de julio de 1988 (RTCT 1988, 4922)] o un periodo superior a los dos años [STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 1989 (RTCT 1990, 2745)].

[137] STCT de 14 de julio de 1988 (RTCT 1988, 4922).

[138] STS de 1 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1745).

permanencia de dos años y un periodo de prueba de seis meses, por ejemplo, dejará sin efecto este último, previsto, en buena lógica hermenéutica, para el supuesto de que la especialización profesional no se produjera[139].

La violación del pacto de permanencia por parte del trabajador puede producirse de forma directa, mediante la dimisión *ad nutum* o *sine causa*, o indirecta, por la provocación del despido procedente o por la petición de excedencia voluntaria del trabajador durante la vigencia temporal del pacto de permanencia en la empresa[140].

El incumplimiento por el trabajador del deber de permanecer en la empresa determina su responsabilidad si la terminación de la relación laboral le es imputable precisamente a él. No surgirá esta responsabilidad cuando la finalización del contrato se deba a la llegada del término final en los contratos temporales, en los cuales difícilmente suele darse este pacto, o en la extinción por la vía del despido indirecto *ex* artículo 50 LET.

En todo caso, cuando el Juez de lo Social aprecie su incumplimiento impondrá al trabajador la obligación de indemnizar al empresario los daños y perjuicios ocasionados, tal y como señala el artículo 21.4 *in fine* LET[141]. Respecto de la cuantía de la indemnización, hay que resaltar que en la ley[142] nada se indica. Parece, en principio, que el legislador ha querido que sean las partes las que acuerden el *quantum* del posible perjuicio.

Lo que parece claro es que la indemnización debe ser proporcionada o, al menos, equivalente al daño empresarial sufrido. Y uno de los criterios para su determinación es el coste que para la empresa ha supuesto esa formación especializada, sin que se puedan computar al efecto los gastos que hayan sido reembolsados a los trabajadores ajenos a la formación, como –por ejemplo– el transporte, lavandería, comedor, etc., pues se han realizado en provecho de la empresa y sólo por esta razón el trabajador a incurrido en ellos[143]. En ocasiones, la indemnización se ha podido fijar de antemano pactando una cláusula penal[144], bien de forma general por la vía del convenio colectivo o remitiendo al Juez para que la fije. La

---

[139] STS de 14 de febrero de 1991 (RJ 1991, 837).

[140] STSJ de Madrid de 25 de junio de 1993 (AS 1993, 3185).

[141] SSTCT de 24 de octubre de 1983 (RTCT 1983, 8758) y 22 de octubre de 1985 (RTCT 1985, 5666). El fundamento de esta indemnización no es otro que reparar el daño que se causa a la empresa [STSJ de Madrid de 16 de enero de 1995 (AS 1995, 373)].

[142] La omisión por parte del legislador es deliberada, pues el Proyecto de 1979 expresaba que "si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios, que no será superior al doble del salario del tiempo dejado de trabajar". Vid. MOLERO MANGLANO, C. y otros: *Reforma, proyectos y antecedentes en el Estatuto de los Trabajadores*, Ed. REUS S.A., Madrid, 1986, pág. 193.

[143] STSJ Madrid de 28 de junio de 2006 (AS 2006, 3327).

[144] STS de 26 de junio de 2001 (RJ 2001,7795).

falta de preaviso, en su caso, dará lugar, con independencia de la indemnización de los daños y perjuicios, a una distinta compensación económica.

En tales supuestos, en efecto, estaríamos ante una cláusula penal (art. 1152 CC), con el límite de que tal cantidad no deba considerarse abusiva. De no existir acuerdo, el Juez de lo Social fijará la indemnización teniendo en cuenta el coste soportado por el empresario para la especialización profesional del trabajador, por lo que comprenderá, en todo caso, la cantidad satisfecha por la empresa[145]. Asimismo, podrá moderarse judicialmente el alcance de la responsabilidad del trabajador mediante la ponderación de las circunstancias concurrentes, por aplicación de lo dispuesto con carácter común en el artículo 1103 CC[146]; en concreto, considerará los perjuicios causados por la dificultad de sustitución y, en el supuesto de que el trabajador pase a formar parte de la plantilla de una empresa competidora, el perjuicio específico causado. Todos estos factores[147] inciden para cuantificar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

A modo de ejemplo, se han considerado válidos los pactos de permanencia celebrados por las compañías aéreas y determinados trabajadores contratados por tiempo indefinido, como los pilotos que asistieron a cursos especiales[148], o aquellos destinados a facilitar al trabajador un conocimiento de alto nivel en materia informática[149], una especialización en el campo de la auditoría[150] o un *Master in Business Administration* (MBA)[151].

El pacto tiene, por último, algunas características particulares en relaciones laborales especiales, como es el caso del personal directivo, de las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o mas empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas, de los artistas en espectáculos públicos y de los abogados que prestan servicios en despachos, a cuya regulación nos remitimos.

---

[145] STSJ de Baleares de 2 de septiembre de 1991 (AS 1991, 5116).

[146] STSJ de Cantabria de 20 de abril de 1993, *Relaciones Laborales*, ref. TSJ 362, T. II, 1993, págs. 728-729.

[147] Una enumeración de todos ellos en ALFONSO MELLADO, C. L.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante la relación laboral*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, pág. 79.

[148] SSTS de 23 de julio (RJ 1990, 6458) y 14 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8572) y 27 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1905).

[149] STSJ Cataluña 27 de marzo de 2006 (AS 2006, 2352).

[150] STSJ Madrid 24 de marzo de 2006 (AS 2006, 1227).

[151] STSJ de Madrid de 13 de junio de 2012 (JUR 2012, 226736).

EL FRAUDE DE LEY EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ

Catedrático emérito de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca

Para el profesor Francisco Prados de Reyes, jurista principal, reconocido y respetado, amigo querido desde los lejanos y felices tiempos en que tuvo lugar, aquel verano de 1971, nuestra estancia compartida en Trieste.

En el contrato de trabajo, por tanto, el objeto no es sino la realidad social acotada por las partes representada por el trabajo mismo, por la prestación de servicios.
Francisco Javier Prados de Reyes, *El contrato de aprendizaje*, 1980

Era un hombre muy perspicaz, que sabía leer en los rostros. Los de los discípulos suelen carecer de misterio para los maestros.
Javier Marías, *Berta Isla*, 2017

SUMARIO:

1. LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: CONTRATOS INDEFINIDOS Y CONTRATOS TEMPORALES.
2. TRABAJADORES FIJOS Y CONTRATOS INDEFINIDOS:
3. CONTRATOS TEMPORALES EN FRAUDE DE LEY Y PRESUNCIÓN LEGAL DE CONTRATACIÓN INDEFINIDA: LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL.
4. LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN TEMPORAL ABUSIVA Y CUESTIONES ANEJAS.

1. LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: CONTRATOS INDEFINIDOS Y CONTRATOS TEMPORALES

Las partes o sujetos de contrato de trabajo «empleador y trabajador» podrán decidir libremente su duración, esto es, la extensión temporal de la vigencia del vínculo contractual, conforme a la doble posibilidad que les ofrece el ordenamiento jurídico a este propósito, habiendo quedado lejos ya el régimen legal de la falsa presunción con que se construía este asunto. De modo que, tal como establece de modo aséptico y aparentemente igualitario el precepto de aplicación, «el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada» (art. 15.1.1 LET). Contrato indefinido o contrato temporal o de duración determinada son, así pues, las expresiones o modalidades institucionales de la opción abierta por la ley. Conforme a la primera, las partes deciden que la duración del contrato no esté sujeta a término resolutorio previsto por ellas de antemano, por lo que el negocio jurídico se mantendrá en vigor por tiempo indefinido o indeterminado, en tanto no decidan resolverlo de común acuerdo con posterioridad o no sobrevenga una causa legal de extinción distinta de la voluntad conjunta de las partes. Y, conforme a la segunda, las mismas acuerdan por contra una duración cierta o determinada del contrato, el establecimiento de un término resolutorio a fin de cuentas.

Son pues ambos sujetos del contrato de trabajo quienes habrán de acordar la duración de la relación laboral en los términos indicados, lo que desde luego no impide en la práctica que sea el empleador, por lo común y de modo efectivo, el que ofrezca al trabajador una modalidad de duración del contrato ya decidida por él mismo de modo unilateral, a la espera tan solo de la aceptación o rechazo de este, lo primero en la mayor parte de los casos. Que el contrato de trabajo sea de modo habitual un pacto de adhesión para el trabajador en el conjunto de su contenido, a salvo de los supuestos excepcionales en que este pueda disponer, por su cualificación o condiciones profesionales singulares, de un poder contractual individual que le permita discutir con el empresario los términos del empleo, comienza a hacerse patente desde luego a la hora de fijar la duración del propio vínculo jurídico.

Con todo, la libertad con que las partes del contrato pueden decidir su duración, conforme a la doble posibilidad que —como se acaba de referir— abre el artículo 15.1.1 LET, no es desde luego plena, en el sentido de que ambas posibilidades institucionales —contrato por tiempo indefinido y contrato de duración determinada— se encuentren en plano de igualdad a la hora de ejercer la opción legal y, de este modo, las partes pudieran decidirse por una u otra a libre conveniencia. No es así, desde luego, a pesar de lo que pudiera dar a entender la redacción literal del precepto en cuestión, que es acompañado de inmediato

por una segunda norma decisiva al respecto. O, dicho de otro modo, la libertad es plena para las partes —con la salvedad de lo dicho antes acerca del dominio contractual del empresario — únicamente para acoger la modalidad de contratación indefinida, pero no lo es para la contratación de duración determinada o temporal, cuya posibilidad institucional está condicionada a la concurrencia de presupuestos habilitantes y se halla regida por lo tanto por un *principio legal de causalidad*.

En efecto, «podrán celebrarse contratos de duración determinada» —establece a continuación el propio artículo 15.1 LET, después de haber abierto la doble posibilidad legal acerca de la duración del contrato—, pero las partes podrán hacerlo *tan solo* o únicamente en los supuestos que la propia norma habilita a tal fin. Más allá, por cierto, de otras modalidades singulares de contratos de duración determinada regulados fuera de este precepto, como los contratos formativos (art. 11 LET), los contratos temporales para personal docente e investigador de las Universidades (art. 48.5 LO 6/2001, de 21 de diciembre) y otros provistos de régimen jurídico propio. Contratos temporales, por supuesto, cuando concurran las causas legales previstas para tal fin. La jurisprudencia ha hablado así tradicionalmente de «*numerus clausus* que conlleva la necesidad de un especial rigor a la hora de determinar la validez o no de un contrato sujeto a tiempo determinado» (STS, Sala de lo Social, de 27 de julio de 1993, en casación para la unificación de doctrina, rec. 2206/1992).

Podrán celebrarse contratos de duración determinada o temporales —por lo que a los contratos temporales de régimen común u ordinario se refiere—, así pues, [solo] en los «siguientes supuestos» (art. 15.1.2 LET y Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación de duración determinada):

1. *Contratos para la realización de obra o servicio determinados*, «cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicios determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de una actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta» (art. 15.1.2 a) LET). Estos contratos «no podrán tener una duración superior a tres años ampliables hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior» (art. 15.1.2 a) LET). Si el contrato mantiene su vigencia una vez transcurridos estos plazos, «los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa» (art. 15.1.2 a) LET). Y, en fin, por convenio colectivo de cualquier ámbito territorial, sectorial o de empresa, se podrá «identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza» (art. 15.1.2 a) LET).

Lo establecido para este contrato de obra o servicio determinados en materia de su duración máxima (art. 15.1.2 a) LET), así como de límites al encadenamiento de contratos (art. 15.5 LET), será de aplicación asimismo para las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (disp. ad. 15.ª.1.1 LET). Sobre lo que se volverá más adelante.

La jurisprudencia recuerda de modo reiterado los requisitos legales para la validez de este contrato, exigiendo la concurrencia conjunta de todos ellos: a) que la obra o servicio que constituyan su objeto presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique o identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de este y no en tareas distintas (SSTS, Sala de lo Social, dictadas todas ellas en recursos de casación para la unificación de doctrina, de 21 de enero de 2009, rec. 1627/2008, de 14 de julio de 2009, rec. 2811/2008, o de 15 de octubre de 2014, rec. 164/2014, entre otras muchas).

2. *Contratos para trabajo eventual*, «cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa» (art. 15.1.2 b) LET). En tales casos, los contratos podrán tener una «duración máxima de seis meses, dentro de un período de doce meses», contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas, aunque ambos extremos —duración máxima de los contratos y período dentro del cual se puedan realizar, en este caso con un límite de dieciocho meses— pudieran ser modificados por convenio colectivo sectorial «en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias de puedan producir» (art. 15.1.2 b) LET). Si el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, «podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima» (art. 15.1.2 b) LET). Los convenios colectivos, en fin, podrán «determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa» (art. 15.1.2 b) LET).

3. *Contratos de interinidad*, «cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo», siempre que en el contrato se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución (art. 15.1.2 c) LET).

2. TRABAJADORES FIJOS Y CONTRATOS INDEFINIDOS

2.1. Uso y abuso de la contratación temporal de trabajadores

La temporalidad excesiva de las contrataciones laborales, solo superada por Grecia dentro del panorama comunitario europeo, sigue siendo en el presente la misma lacra insoportable que ha caracterizado desde hace tiempo nuestro mercado de trabajo —a pesar de los muchos propósitos legislativos, siempre baldíos a juzgar por sus resultados, de revertir la situación— con consecuencias sociales negativas en el ámbito de la productividad, la recaudación fiscal y la financiación de la seguridad social, cuyo déficit arrastrado desde 2011 alcanzaba en 2016 la preocupante cifra de 18.600 millones de euros, 1.000 euros por cada trabajador dado de alta, sin que el empleo y la afiliación crecientes puedan atajar la caída de la recaudación.

Más aún, la tasa de contratos temporales —en relación con la totalidad de las contrataciones laborales llevadas a cabo— con que arrancaba el tiempo de la reforma laboral de 2012 y años siguientes —nociva y demoledora para los intereses de los trabajadores y el grado razonable de su tutela jurídica alcanzado hasta entonces, pero sobre todo para el equilibrio general del sistema laboral y del conjunto de sus delicados contrapesos— se ha visto aumentada en algo menos de un punto —sin perjuicio de una ligera disminución durante sus primeros años, puesto que del 25,3 por 100 que exhibía en 2011 se pasaba al 23,6 por 100 en 2012, al 23,4 por 100 en 2013, al 23,9 por 100 en 2014 y al 25,1 por 100 en 2015—, hasta alcanzar el 26,0 por 100 en 2016, tras los cinco años de rodaje de las soluciones reformadoras y a pesar de la figura estelar del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores que, como las cifras de su utilización han demostrado, no debía serlo tanto. En el segundo trimestre de 2017, por si fuera poco, la tasa de temporalidad había ascendido al 26,8 por 100.

Muchos contratos temporales, ciertamente, y muchos contratos temporales provistos de una duración ínfima, que este es un problema añadido que agrava la temporalidad y sus resultados nocivos de precarización del trabajo. Baste retener como ejemplo a este propósito el dato —tomado del Servicio Público de Empleo Estatal— de que el 90,8 por 100 del millón seiscientos mil contratos de trabajo que se concertaron a lo largo del mes de enero de 2017 fueron temporales. De entre los cuales, uno de cada tres —el 36,8 por 100 con exactitud— no superó la duración de 30 días. Y la mitad de estos, por su parte, no alcanzó una semana completa de vigencia. Amén de la frecuente alianza entre la temporalidad y la contratación a tiempo parcial de los mismos trabajadores, lo que no hace sino agudizar el problema de la precariedad de las condiciones de trabajo y cuya utilización empresarial ha alcanzado el nivel estándar como recurso ordinario de

inserción laboral, lejos ya en su incremento de la funcionalidad que la figura disponía para exigencias de empleo específicas.

Así las cosas, poco puede sorprender desde luego a cualquier observador atento que un escenario como el que se acaba de describir, en que la contratación temporal representa a diario su función desmesurada e insalubre, se haya convertido en el caldo de cultivo perfecto para la gestación de una gama variada de prácticas abusivas que han hecho de la contratación temporal, en no pocas ocasiones, un instrumento de fraude para eludir la aplicación del régimen jurídico de los contratos de trabajo indefinidos. Una mirada detenida a esta jungla revelará al instante en la práctica encadenamientos continuados de contratos temporales para actividades permanentes de la empresa, desvirtuaciones de la noción de obra o servicio determinados para encajar dentro de este molde relaciones materialmente indefinidas, actividades que se tildan de eventuales que no son tales y un largo etcétera de comportamiento irregulares con el marco jurídico e institucional de la contratación temporal de trabajadores como excusa.

2.2. La respuesta del ordenamiento jurídico en sede contractual frente a la contratación temporal irregular: trabajadores fijos y contratos indefinidos

La Ley del Estatuto de los Trabajadores refiere de forma diversa la respuesta contractual —más allá, claro es, de las infracciones y sanciones administrativas previstas en la materia por el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real Decreto-legislativo 5/2000, de 4 de agosto, LISOS— del ordenamiento jurídico frente a la contratación temporal irregular en varios preceptos de su articulado, los siguientes:

—La presunción legal de celebración del *contrato por tiempo indefinido y a jornada completa*, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios —presunción *iuris tantum* por lo tanto—, cuando no sea observada la exigencia de forma escrita para los contratos temporales que así lo requieran (art. 8.2 LET).

—La adquisición de la *condición de trabajadores fijos de la empresa*, cuando la duración efectiva del contrato temporal para la realización de una obra o servicio determinados haya superado los plazos legales que lo rodean (art. 15.1.2 a) LET).

—La adquisición de la *condición de trabajadores fijos*, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, por los que no hubieran sido dados de alta en seguridad social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente su hubiera podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de

las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar (art. 15.2 LET).

—La presunción legal de *contratación por tiempo indefinido* —presunción *iuris et de iure*— de los contratos temporales celebrados en fraude de ley (art. 15.3 LET), esto es, los concertados para eludir de modo fraudulento el régimen jurídico establecido preceptivamente para los de duración indefinida.

—La adquisición de la *condición de trabajadores fijos* de quienes se hayan visto afectados por supuestos de encadenamiento irregular de contratos temporales para la realización de una obra o servicio determinados (art. 15.5 LET).

Asimismo, la prórroga tácita por tiempo indefinido de los contratos de duración determinada, cuando se incumplan las prescripciones sobre el régimen de denuncia expresa y el trabajador continuara prestando servicios, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación (art. 8.2 RD 2720/1998).

El ordenamiento jurídico articula su respuesta frente a los contratos temporales jurídicamente irregulares, así pues, a través de la imposición de una doble sanción de carácter contractual, que no deja de ser por cierto una doble manera de ser referida una misma realidad institucional, al menos las más de las veces, aunque formulado el juicio jurídico mediante categorías diferenciadas según los supuestos en juego: la *adquisición de la condición de trabajadores fijos* y la *conversión de los contratos temporales en indefinidos*. Aunque sean dos, perfectamente diferenciados, los supuestos en juego: la inobservancia de alguno de los ingredientes materiales o formales del régimen jurídico de la contratación temporal y la realización de la contratación temporal en fraude de ley. Se verán a continuación por separado pues estos dos planos diversos del problema.

De todas formas, conviene efectuar una precisión técnica importante. La condición de fijeza en la plantilla tiene que ver, ciertamente, con la posición subjetiva del trabajador en la empresa. En tanto que, por su parte, la calificación del carácter indefinido del contrato de trabajo está referida en cambio a la duración del negocio jurídico y no a la posición subjetiva del trabajador. «Es cierto que una y otra calificación coinciden en la gran mayoría de los casos, pero también es evidente que la coincidencia no es total» (STS, Sala de lo Social, en unificación de doctrina, de 13 de octubre de 1998, rec. 1383/1998). Esta falta de coincidencia se produce, sin ir más lejos —como se tendrá ocasión de comprobar de seguido—, en la contratación temporal irregular de personal laboral por las Administraciones Públicas.

2.3. La adquisición de la condición de trabajadores fijos por incumplimiento del régimen jurídico de la contratación temporal

La adquisición de la condición de trabajador fijo de quien no lo era, decidida por el ordenamiento como consecuencia del incumplimiento por el empresario del régimen jurídico de la contratación temporal en los supuestos singulares de que se ha dado cuenta, supone naturalmente la conversión *ex lege* de un contrato de trabajo que era en origen de duración determinada por voluntad de las partes contratantes, y que ha devenido irregular (arts. 15.1.2 a), 15.2 y 15.5 LET y art. 8.2 RD 2720/1998), en uno de duración indefinida. Por haberse convertido el contrato en indefinido es por lo que el trabajador adquiere desde ese instante, la mayor parte de las veces como se ha dicho —sin perjuicio de lo que se indicará a continuación—, la condición de fijo en la empresa —trabajador fijo ahora frente a trabajador temporal antes—, por lo que ambas menciones legales —contrato indefinido y trabajador fijo— están refiriendo la misma realidad institucional con diversa nomenclatura, en función claro es del plano en que se sitúe la observación.

Puede ser, sabidamente, por haberse *sobrepasado los plazos legales* en la duración de los contratos temporales para la realización de una obra o servicios determinados (art. 15.1.2 a LET), por haberse incumplido el *alta en seguridad social del trabajador* (art. 15.2 LET) o el régimen de *denuncia expresa del contrato* (art. 8.2 RD 2720/1998. O por haber incurrido el empresario en un supuesto de *encadenamiento ilegal de contratos temporales* (art. 15.5 LET). En este último caso, también adquirirán pues la condición de trabajadores fijos quienes —en un período de treinta meses— hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, «para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales» —sin que ello sea de aplicación a los contratos formativos, de relevo e interinidad y a los temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación y a los utilizados por empresas de inserción—, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada (art. 15.5 LET). Al igual que en supuestos de «sucesión o subrogación empresarial» conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente (art. 15.5 LET). Sin perjuicio de que la negociación colectiva, atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, establezca «requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad», incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de carácter temporal (art. 15.5 LET). Con un balance de la práctica negociadora en la materia poco efectivo en términos generales.

Lo establecido en esta materia de límites al encadenamiento de contratos (art. 15.5 LET) será de aplicación asimismo para las Administraciones públicas y sus organismos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (disp. ad. 15.ª.1.1 LET). Lo que, a fin de cuentas, supone que el trabajador afectado continuará desempeñando su puesto hasta su cobertura reglamentaria por el procedimiento ordinario que sea de aplicación, «momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo» (disp. ad. 15.ª.1. 2 LET). El trabajador contratado irregularmente se considera indefinido no fijo de plantilla (trabajadores indefinidos no fijos), pues otra cosa resultaría incompatible con los principios constitucionales que presiden la selección del personal fijo de las Administraciones.

Al menos desde 1988, fue doctrina jurisprudencial consolidada que las Administraciones públicas debían respetar también las exigencias legales establecidas para la contratación temporal de trabajadores, cuando decidieran utilizar estas modalidades contractuales, ya que, de no ser así, tendrían que soportar las sanciones contractuales que imponía al respecto la legislación laboral. Pionera habría de ser en este sentido, así pues, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 7 de marzo de 1988, que era seguida sin interrupción en lo sucesivo. Con todo, tardaría en introducirse en este tratamiento una importante variación. Además del cumplimiento de las normas laborales en materia de contratación temporal laboral, los organismos públicos deberían respetar naturalmente las exigencias constitucionales aplicables a los mismos, para llegar a la conclusión de que «por el simple hecho de no haberse cumplido las normas laborales existentes en materia de contratación no puede aceptarse la fijeza de los así contratados por cuanto tal decisión sería contraria a las exigencias constitucionales de que la ocupación de los diversos empleos públicos se haga con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad» (SSTS, Sala de lo Social, todas ellas en unificación de doctrina, de 30 de septiembre de 1996, rec. 508/1996, en primer lugar, reiterada la doctrina de inmediato por las de 11 de marzo de 1997, RJ 1997/2311, de 5 de mayo de 1997, rec. 3410/1996, de 7 de julio de 1997, rec. 3917/1996, y, en Sala General, de 20 de enero de 1998, rec. 317/1997, y 21 de enero de 1998, rec. 315/1997, además de otras muchas posteriores).

A partir de la diferencia entre el reconocimiento del carácter indefinido del contrato y la fijeza en la plantilla, se señala que el primero «implica desde una perspectiva temporal que el vínculo no está sometido directa o indirectamente a un término», lo que «no supone que el trabajador convalide una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas sobre selección de personal fijo en las Administraciones públicas» y la Administración afectada «no puede consolidar la fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto

de trabajo, sino que, por el contrario, está obligada a adoptar las medidas para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato» (SSTS, Sala de lo Social, unificación de doctrina, de 20 de enero de 1998, rec. 317/1997, y de 9 de octubre de 2008, rec. 4029/2007).

La doctrina jurisprudencial unificada sobre esta cuestión queda perfectamente definida en los siguientes términos: «Tal precisión no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración pública […], y puede formularse como sigue: la contratación laboral en la Administración pública al margan de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido» (STS, Sala de lo Social, en unificación de doctrina, de 7 de octubre de 1996, rec. 3307/1995).

En este caso, así pues, el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que no está sometido a un término. Pero esto «no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones públicas», en virtud de las cuales «el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato» (SSTS, Sala de lo Social, en unificación de doctrina, de 20 de enero de 1998, dictada en Sala General, rec. 317/1997, y de 13 de octubre de 1998, rec. 1383/1998).

3. CONTRATOS TEMPORALES EN FRAUDE DE LEY Y PRESUNCIÓN LEGAL DE CONTRATACIÓN INDEFINIDA: LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Se presumirán por tiempo indefinido «los contratos temporales celebrados en fraude de ley» (art. 15.5 LET). La presunción legal de referencia es desde luego *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario, una vez demostrado el fraude de ley. Y fraude de ley es en este caso una práctica consistente en utilizar un contrato temporal como negocio de cobertura, con la apariencia por tanto de haber sido concertado conforme a su propio régimen jurídico, con el propósito

de eludir o evitar las normas jurídicas reguladoras de la contratación indefinida que es la que materialmente procedería. Para que pueda apreciarse la existencia de un fraude de ley es preciso que se acredite, «con la necesaria prueba de su soporte fáctico» que «con amparo meramente formal en una norma se persigue, en realidad, una consecuencia contraria al ordenamiento jurídico o prohibida por el mismo» (SSTS, Sala de lo Social, 5 de febrero de 1986, RJ 1986/710, 14 de julio de 1986, RJ 1986/4111, y 27 de octubre de 1987, RJ 1987/7204).

En ese propósito elusivo es donde radica precisamente la ilicitud de la operación fraudulenta. De modo que la contratación temporal efectuada en fraude de ley es una práctica negociadora anómala o irregular que recibe una sanción drástica por parte del ordenamiento jurídico: la conversión del contrato temporal fraudulento en contrato por tiempo indefinido. Y el régimen jurídico que se pretendía evitar con la desviación fraudulenta —y que debería haber sido acogido por las partes en condiciones regulares— es, así pues, impuesto de modo obligado por el ordenamiento. O por decirlo con el título preliminar del Código Civil y su recepción de la noción de fraude de ley para el conjunto del ordenamiento: «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir» (art. 6.4 CC). Subyace, a fin de cuentas, un abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo, que «la ley no ampara», puesto que «todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso» (art. 7.2 CC).

Existe contratación laboral fraudulenta en aquellas situaciones en que «al amparo de una norma legal vigente se hace un uso desviado de la misma aplicándola a supuestos distintos del previsto por la ley, obteniéndose un resultado antijurídico no pretendido por la norma que supuestamente ampara la contratación efectuada» (SSTS, Sala de lo Social, todas ellas en recursos de casación para la unificación de doctrina, de 16 de enero de 1996, rec. 693/1995, de 20 de abril de 1998, rec. 3992/1997, y de 28 de abril de 1998, rec. 1981/1997, entre otras muchas). Hay fraude de ley, en suma, «cuando bajo la cobertura de una norma que autoriza la contratación temporal se acude a tal tipo de contratación eludiendo la aplicación de otra norma que en las circunstancias del caso exigiría la concertación de un contrato por tiempo indefinido» (SSTS, Sala de lo Social, en unificación de doctrina, de 20 de marzo de 2002, rec. 1676/2001, de 6 de mayo de 2003, rec. 2941/2002, de 13 de julio de 2009, rec. 2109/2008, o en fin, entre otras muchas y recientemente, de 1 de junio de 2017, rec. 2890/2015, acerca de profesores de universidad pública que han venido prestando servicios laborales

mediante sucesivos contratos temporales, previstos en la legislación universitaria, para realizar funciones docentes relativas a necesidades permanentes y ajenas a la modalidad contractual utilizada). Y, celebrado el contrato temporal en fraude de ley, «se produce automáticamente su conversión en indefinido —o, en caso de las Administraciones públicas en indefinido no fijo—, de forma que la extinción empresarial basada en la finalización del supuesto carácter temporal del vínculo contractual determinará que sea calificada como despido improcedente» (SSTS, Sala de lo Social, dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina, de 6 de mayo de 2003, rec. 2941/2002, de 7 de diciembre de 2011, rec. 935/2011, y de 1 de junio de 2017, rec. 2890/2015).

La contratación temporal fraudulenta persigue directamente, a fin de cuentas, eludir el *régimen de causalidad* y sus diversos componentes legales con que el sistema jurídico construye en términos estrictos esta modalidad de contratación laboral por razón de la duración del contrato (art. 15.1.2 LET). La jurisprudencia ha desarrollado así la noción de contrato temporal en fraude de ley, poniendo de manifiesto los diferentes supuestos en que debe proceder dicha calificación ilícita o irregular:

—La *contratación temporal sin causa*, «sin expresión de causa y sin sujeción a los supuestos legales previstos en las diversas normas que la regulan» (STS, Sala de lo Social, en unificación de doctrina, de 29 de marzo de 1993, rec. 7951/1991). Por cuanto el «válido acogimiento de la modalidad contractual correspondiente» requiere de modo inexcusable la concurrencia cierta de la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas como «justificativa de la temporalidad que le es propia», sin que pueda bastar con la mera voluntad concorde de las partes explícita en el contrato, pretendiendo someterse a una de las modalidades temporales, sino que «es necesario dado el carácter causal de estas para ser viable las mismas que concurran en la realidad las causas justificativas invocadas, al tratarse de normas de carácter necesario, generando derechos para el trabajador que escapan a su poder de disposición antes o después de ser adquiridos» (STS, Sala de lo Social, en unificación de doctrina, de 22 de diciembre de 1995, rec. 2154/1995).

Lo que se proyecta desde luego a las distintas modalidades de contratación temporal previstas en el artículo 15.1.2 LET).

—La *contratación temporal para obra o servicio determinados que resulte no ser tal*, esto es, que no se trate de la realización de una obra o servicio con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, limitada en el tiempo y de duración incierta, «una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin […] o un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluya con su total

realización» (SSTS, Sala de lo Social, en unificación de doctrina, de 8 de junio de 1999, rec. 3009/1998), y de 6 de octubre de 2006, rec. 4243/2005).

—La *contratación temporal bajo la modalidad de acumulación de tareas —contrato para trabajo eventual— que no implica eventualidad alguna*, «sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada», porque «el contrato de trabajo se concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal, pero a la postre y atendidas las circunstancias se eludía otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido, cuya aplicación no podemos impedir» (SSTS, Sala de lo Social, en unificación de doctrina, de 6 de mayo de 2003, rec. 2941/2002, y de 13 de julio de 2009, rec. 2109/2008). Puesto que lo que caracteriza a la acumulación de tareas es precisamente «la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal de que se dispone, de forma tal que el volumen de aquel excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de este; y ello se produce tanto cuando se trata de aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar aun estando al completo la plantilla correspondiente, como cuando, por el contrario, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo» (STS, Sala de lo Social, en unificación de doctrina, de 7 de diciembre de 2011, rec. 935/2011). Y la utilización del contrato temporal eventual «exige la concurrencia real de dicha causa» (SSTS, Sala de lo Social, en casación para la unificación de doctrina, de 12 de junio de 2012, rec. 3375/2011, y de 26 de marzo de 2013, rec. 1415/2012).

—La *contratación por interinidad que no tenga por objeto la cobertura de un puesto de trabajo que se halle vacante en la empresa o la Administración pública*, «en tanto en cuanto constituye el requisito condicionante de la aceptación de esta modalidad de contratación, dado que en el propio concepto de la palabra interinaje se halla inserta la necesidad de una sustitución, como situación vicaria de un titularidad reservada respecto de una plaza vacante preexistente» (STS, Sala de lo Social, en unificación de doctrina, de 20 de junio de 2000, rec. 4282/1999).

—El *encadenamiento de contratos temporales que responden a una misma relación laboral*, de «contratos temporales masivos», cuando «cualquiera de ellos carece de causa o resulta inválido por contravenir las disposiciones impuestas en su regulación propia con carácter necesario […], cualquiera que sea el contrato temporal de los celebrados, el defectuoso» (STS, Sala de lo Social, en casación para unificación de doctrina, de 20 de febrero de 1997, rec. 2580/1996).

4. LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN TEMPORAL ABUSIVA Y CUESTIONES ANEJAS.

Tres sentencias recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), dictadas en idéntica fecha, de las que ha sido ponente el mismo juez y relativas en todos los casos a cuestiones de régimen jurídico del empleo y de la contratación laboral vigente en España, han conseguido conmover el debate jurídico doméstico con la agitación que acompaña siempre a las grandes cuestiones y controversias. El impacto que tales pronunciamientos judiciales comunitarios habrá de producir con seguridad sobre el tejido jurídico del país —y por descontado no solo del nuestro—, así como sobre cuestiones de política legislativa aparejadas, no ha pasado desapercibido a sus primeros comentaristas que ya han adelantado a este respecto expresiones gruesas, como terremoto garantizado, sacudida de los cimientos de la normativa laboral, implantación del contrato único por vía judicial, etc.

En efecto, la sala décima del TJUE dictaba el día 14 de septiembre de 2016 las tres sentencias de referencia. Las tres, por cierto, como consecuencia de procedimientos prejudiciales suscitados a instancia de órganos jurisdiccionales españoles —el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, art. 267 TFUE—, que suspendían en consecuencia la tramitación de los procesos respectivos en curso hasta el pronunciamiento liberatorio del Tribunal. Y las tres, en fin, en materia de política social, sobre la interpretación de diversas cláusulas del *Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada*, incorporado como anexo —se verá de seguido— a la directiva del Consejo relativa al mismo.

La aplicación de los acuerdos colectivos resultantes del diálogo social a nivel comunitario (art. 155.1 TFUE) podrá llevarse a cabo —de entre las posibilidades institucionales abiertas por el Tratado, para los ámbitos sujetos a la promulgación de directivas de armonización de legislaciones sociales y a petición conjunta de las partes firmantes — mediante una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión. Estos actos del Consejo, de atribución de eficacia normativa general a los acuerdos comunitarios por lo tanto, han adoptado en todos los casos la forma de directivas, con la consiguiente obligación de los Estados miembros de promulgar las disposiciones necesarias para darles cumplimiento, habiendo sido por lo tanto objeto de homologación por partida doble, en los ámbitos comunitario y nacional. Fue el caso, así pues, por lo que aquí interesa, de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al mencionado Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que habían suscrito

el 18 de marzo de ese año la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Industrias de la Comunidad Europea (UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

Una primera sentencia del TJUE —asunto C-596/14, Ana de Diego Porras y Ministerio de Defensa—, de 14 de septiembre de 2016, al igual que las dos que siguen, que tiene por objeto una petición prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, versa sobre el alcance e interpretación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco en cuestión y el principio de no discriminación: «Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».

La señora De Diego había prestado servicios como secretaria administrativa en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa, habiendo sido suscritos entre ambos varios contratos de interinidad sucesivos, el último de los cuales para sustituir a una compañera en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical. Revocada esta última por el Ministerio, se comunicaba en consecuencia a la primera la finalización de su contrato temporal para hacer posible la reincorporación a su puesto de trabajo de la trabajadora sustituida. No conforme con la decisión del Ministerio, De Diego procedía a la impugnación de las condiciones de terminación de su contrato, así como de la legalidad del mismo. Desestimada su demanda en la instancia, el TSJ de Madrid decidía suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las oportunas cuestiones prejudiciales.

Concluía después de todo el TJUE, en primer lugar, que la referida cláusula del Acuerdo deber ser interpretada en el sentido de que el concepto de "condiciones de trabajo" «incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada». Y también, acto seguido, que la misma «se opone a una normativa nacional, como la [española] controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables».

La norma nacional enjuiciada por la Corte europea —el artículo 49.1 c) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores— disponía entonces, y lo sigue haciendo en el presente, que el trabajador tendrá derecho, a la finalización de su contrato por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, excepto en los casos del *contrato de interinidad* y de los contratos formati-

vos, a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio. Lo que, tras comprobar que la recurrente en el litigio principal se hallaba en una «situación comparable» a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por el mismo empleador durante el mismo período de tiempo —realizaba por lo tanto «un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo»—, lleva al Tribunal a declarar que «existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados».

Porque —aquí radica lo esencial de la cuestión— no existen a juicio del Tribunal «razones objetivas» que pudieran justificar, como exige la cláusula 4 del Acuerdo, la diferencia de trato normativo perpetrada por la legislación española. En la medida en que —razona aquel frente a las explicaciones jurídicas aportadas por el Gobierno español— el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de jurídica como explicación de la desigual regulación equivaldría a «perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada». Y es que, como confirma una reiterada jurisprudencia del Tribunal, los objetivos que persigue el Acuerdo marco en esta materia no pueden ser interpretados de manera restrictiva por expresar un principio de Derecho social de la Unión. Para declarar al fin que «el mero hecho de que este trabajador [la trabajadora demandante] haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización».

La segunda sentencia del TJUE —asunto C-16/15, María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud—, de la misma fecha ya conocida, es en este caso consecuencia de la decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Madrid acerca de la cláusula 5 [medidas destinadas a evitar la utilización abusiva], apartado 1, letra a) del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada: «A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales».

La señora Pérez López había sido nombrada enfermera en el Hospital Universitario de Madrid, como «personal estatutario temporal eventual», para llevar a cabo, de acuerdo con los términos de su nombramiento, «la realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria» y, como contenido y descripción de su prestación de servicios, el «desarrollo de su actividad en este Hospital para garantizar la atención asistencial». Tras el primero, se sucedieron después hasta siete nuevos nombramientos, con una duración de tres, seis o nueve meses, todos con idéntico contenido, de modo que la trabajadora prestó servicios sin solución de continuidad a lo largo de algo más de cuatro años. De acuerdo con una orden dictada para la contención del gasto público que establecía el cese de este tipo de personal al término de su respectivo nombramiento, la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid comunicaba a la enfermera la finalización de su relación jurídica con el Servicio Madrileño de Salud, no obstante lo cual era nombrada de nuevo para un período de tres meses, cuya vigencia comenzaba precisamente al día siguiente de haber concluido el anterior, tal como había venido sucediendo hasta ese momento. Así las cosas, la señora Pérez López interponía recurso de alzada, y después recurso contencioso ante el Juzgado número 4 de Madrid, contra la comunicación de su cese, así como contra el nuevo nombramiento, por entender que la sucesión laboral de que había sido objeto no respondía a la cobertura de necesidades coyunturales o extraordinarias de los servicios de salud, sino que por el contrario articulaba de modo fraudulento una actividad permanente, por lo que la relación de servicios en cuestión debía ser transformada.

Por mantener una duda fundada acerca de la compatibilidad de las disposiciones españolas aplicables al asunto con el Acuerdo marco, el Juzgado decidía suspender el procedimiento judicial y plantear al Tribunal de Justicia determinadas cuestiones prejudiciales en dicho sentido. Pues no le parecía, en síntesis, que el artículo 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, que permitía en efecto el nombramiento de personal estatutario eventual tan solo para «la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria», impidiese la práctica abusiva —proscrita por el Acuerdo marco— de renovación sucesiva de nombramientos de duración determinada para el desempeño de funciones propias de la actividad ordinaria del personal estatutario de los servicios de salud.

El Tribunal concluía a la postre que la cláusula 5, apartado 1, letra a) del Acuerdo marco exige que la norma nacional controvertida [el referido artículo 9.3 del Estatuto del Personal Estatutario] deba ser aplicada por las autoridades del Estado miembro de modo que la renovación de nombramientos sucesivos de duración determinada en el sector de la sanidad pública —para lo que «no se establece una autorización general y abstracta» — se justifique tan solo por razones objetivas, «para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza

temporal, coyuntural o extraordinaria», siendo así que en el caso de autos «en realidad, estas necesidades son permanentes y estables».

Y, en fin, la tercera sentencia del TJUE que se considera —asuntos acumulados C-184/15, Florentina Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud, y C-197/15, Juan Carlos Castrejana López y Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz—, también de 14 de septiembre de 2016, responde a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de nuevo acerca de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco y las medidas destinadas evitar la utilización abusiva en la contratación laboral y nombramientos de personal estatutario, cuyo texto ha sido ya referido.

La señora Martínez Andrés había sido nombrada auxiliar administrativo por el Servicio Vasco de Salud, dentro del grupo de personal estatutario temporal eventual, siendo objeto este nombramiento de trece prórrogas sucesivas, ninguna de las cuales incluía motivación específica, más allá de una mención general de las necesidades de la actividad. En tanto que el señor Castrejana Andrés, por su parte, había celebrado un contrato de trabajo de duración determinada con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz para la prestación de funciones como arquitecto, seguido de otro nuevo pasados unos meses y recibiendo al final el nombramiento de funcionario interino de dicha corporación para la ejecución de un convenio urbanístico. Habiendo sido cesados ambos en sus respectivos cometidos y después de diversos avatares judiciales, el TSJ del País Vasco competente para resolver los correspondientes recursos de apelación decidía, una vez producida la acumulación de los asuntos, la suspensión del procedimiento y el planteamiento a la Corte europea de varias cuestiones prejudiciales, por dudar de la conformidad de las normas y prácticas judiciales nacionales —en materia de la utilización abusiva por las Administraciones públicas de contratos temporales sucesivos— con el Acuerdo marco de referencia.

El TJUE decidía finalmente a ese respecto que la existencia en la legislación española de un régimen jurídico diferente —acerca de las consecuencias de la utilización abusiva de contratos sucesivos de duración determinada— entre personal laboral y personal estatutario es contraria a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, por lo que los tribunales del Estado miembro dejarán de aplicarla. En la medida en que, se concluye, «se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral [art. 15.3 y 5 y disp. ad. 15ª LET], mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo [art. 9 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, citado], a menos de que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar».

A pesar de que las tres sentencias de la sala décima del TJUE no brillan precisamente por su rigor técnico y la claridad y abundancia expositiva de sus respectivos discursos —supuestamente concordantes—, pudiendo suponerse que más pronto que tarde los asuntos tratados merecerán la atención de la sala general del Tribunal —es razonable pensar que será promovida a tal fin una nueva cuestión prejudicial—, convendrá fijar algunas consideraciones generales tras el análisis conjunto de la doctrina judicial que resulta de dichos pronunciamientos.

Por lo pronto, a partir de la primera sentencia, queda establecido que existe una diferencia de trato injustificada en la legislación española, por lo que se refiere a la indemnización que la norma en cuestión establece por finalización del contrato de trabajo temporal, entre los trabajadores con contrato de interinidad —desprovistos legalmente de indemnización— y los restantes trabajadores temporales vinculados por otras modalidades temporales para los que el ordenamiento sí fija indemnización, puesto que no existen a fin de cuentas razones objetivas que justifiquen la diferencia. Y también, hay que añadir, entre los trabajadores temporales y los contratados por tiempo indefinido, aun cuando el Tribunal —que se refiere en todo momento a la comparación con los trabajadores fijos— no haya abundado en si la distinción entre los distintos supuestos de extinción de los contratos —acaecimiento de término o condición resolutorios y resolución empresarial por concurrencia de una causa objetiva— debería tener al respecto alguna consecuencia. Lo que lleva de modo directo, seguramente, al reconocimiento judicial —tan pronto como sea demandado por cada sujeto afectado ante la terminación de su contrato— del derecho de los trabajadores temporales, cualquiera que sea la modalidad de contrato, a la percepción de la vigente indemnización superior de veinte días por año de servicio prevista para la resolución de los contratos indefinidos por causas objetivas (art. 51.4 y 53.1 LET).

En segundo lugar, y en relación con la segunda sentencia, el juego del principio de no discriminación recogido en el Acuerdo marco no se proyecta a juicio del Tribunal —no está incluido en el ámbito de aplicación del mismo, se dice de modo expreso— a la diferencia de trato entre categorías del personal que se base en el carácter funcionarial o laboral de la relación de servicio y no en la duración determinada o indefinida de la misma. Sin embargo, no parece que la tercera sentencia considerada lleve este razonamiento a sus últimas consecuencias. Pues, antes al contrario, sí encuentra vulneración de aquel principio en la norma española que —para el supuesto de utilización abusiva de contratos sucesivos de duración determinada— concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que no lo hace al personal que presta servicios para la misma Administración en régimen administrativo.

Sea como fuere, en último término, resulta por todo ello imprescindible —ahora ya más, si cabe— una reforma legislativa que enfrente de una vez la ordenación racional y efectiva del régimen jurídico de la contratación laboral y la corrección de los abusos generalizados que dominan la práctica social de la temporalidad. Para dar cabida a la doctrina judicial comunitaria, desde luego, pero también para remover las consecuencias nefastas de las últimas intervenciones legislativas en la materia con la crisis económica como pretexto.

LA DEMOLICIÓN PROGRAMADA DE LA RELACIÓN ESPECIAL DE ESTIBADORES PORTUARIOS

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

SUMARIO:

1. ANTECEDENTES.
2. LA DEROGACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL Y EL RÉGIMEN TRANSITORIO DEL REAL DECRETO-LEY 8/2017.
3. LA GLOBALIZACIÓN EN LA ACTIVIDAD PORTUARIA.
4. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO.
5. LA INCÓGNITA DE LOS COSTES LABORALES.
6. EL REGLAMENTO UE 2017/352, DE 15 DE FEBRERO, MARCO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS.
7. EL ACUERDO DE MODIFICACIÓN Y LA INTERVENCIÓN DE LA CNMC.

1. ANTECEDENTES

Tras un año 2017 de conflictos en numerosos puertos del país, acuerdos, propuestas de mediación y Decretos Leyes que plantean la sustitución del actual sistema "cerrado" de la relación laboral especial de estibadores por una relación "abierta" -aunque intermediada a través de las empresas de trabajo temporal-, pensé inicialmente ofrecer con estas líneas una reflexión sobre el nuevo horizonte tan trabajosamente establecido, pero nuevas dificultades han surgido tanto de la mano del Gobierno, al no publicar el Real Decreto de desarrollo con las ayudas prometidas para la reconversión del sector, cuanto de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) al denunciar por "anticompetitivo" el acuerdo alcanzado por las partes sociales para modificar el IV Convenio estatal, vigente todavía[1]. Así las cosas, también la negociación del V Convenio ha quedado paralizada a la espera de la resolución de la CNMC y del mentado Real Decreto.

[1] Denuncia S/DC/0619/17, de 3 de noviembre de 2017, por acuerdo restrictivo de la competencia, contra el Acuerdo de 6 de julio de 2017 (BOE 18 de julio), por el que se introduce una nueva Disposición Adicional 7ª en el IV Convenio del sector de la estiba portuaria. En nota de prensa de 6 de noviembre de ese año, la CNMC señalaba haber incoado un expediente sancionador "contra la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM), la Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CC.OO.), la Confederación Intersindical Galega (CIG), Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB) y Eusko Langileen Alkartasuna (ELA) por posibles prácticas anticompetitivas. Dichas prácticas consisten en la restricción de la libertad de contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías y en la limitación de la libertad de las empresas prestadoras de dicho servicio de participar o no en sociedades cuyo objeto social sea la puesta a disposición de los citados trabajadores. Tales conductas se recogen en el acuerdo alcanzado el 6 de julio de 2017 para modificar el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria. La modificación de este convenio colectivo ha tenido lugar tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recogida en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052). En dicha Sentencia se constataba el incumplimiento por parte del Reino de España de las obligaciones recogidas en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Con carácter previo a la incoación de este expediente, la Dirección de Competencia inició de oficio una información reservada. La CNMC ha observado indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la normativa de competencia. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, ha acordado la incoación del expediente sancionador S/DC/0619/17 por una presunta infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Además, la Autoridad de Competencia recuerda a las partes el "deber de reserva y confidencialidad" al que están obligadas de acuerdo con el artículo 43 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Tal obligación de discreción está dirigida a proteger el proceso de investigación y de resolución del expediente sancionador. La incoación de este expediente no prejuzga el resultado final de la investigación. Se abre ahora un periodo máximo de 18 meses para la instrucción del expediente y para su resolución por la CNMC".

A pesar de la confusión sobrevenida, un conflicto como el de la estiba, que ha obligado a intervenir a la Comisión europea, al Tribunal de Justicia Europeo, a la CNMC hasta dos veces[2] y al Gobierno otras dos veces mediante sendos Decretos-Leyes, bien merece un comentario de cuanto está ocurriendo, que en esta sede y momento reduciré a los aspectos legales, dejando para mejor ocasión todo el importante trasfondo de intereses internacionales que se hallan detrás de una acción pública tan estridente y que -al menos en apariencia- la enfrenta simultáneamente tanto con la patronal del sector como con los sindicatos. Y que sigue la estela de procesos similares de "liberalización" acaecidos en otros países de la UE[3], aunque no en todos, que sin embargo contradicen al Convenio OIT 137/1973, sobre repercusiones sociales de los nuevos métodos de manipulación de cargas en los puertos.

2. LA DEROGACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL Y EL RÉGIMEN TRANSITORIO DEL REAL DECRETO-LEY 8/2017

En julio de 2017, un segundo RDL sobre reforma de la estiba, el 8/2017, tuvo más éxito que el primero, el tan cercano en el tiempo 4/2017, al haber neutralizado el gobierno su difícil minoría parlamentaria -que había llevado al traste al primer intento[4]-, con los adecuados contactos con otras fuerzas políticas, y de tal modo haber superado el trámite de convalidación en el Congreso. Su disposición derogatoria determina la anulación del art. 2.1.h) del ET 2/2015, junto a numerosos artículos de la Ley de Puertos del Estado 2/2011, y con ello la relación laboral especial de estibadores portuarios. Acaba así, formalmente al menos, el que podríamos denominar como el mayor conflicto suscitado en el ámbito de la estiba portuaria en España, pues nunca antes habíamos conocido un situación semejante, en donde todos los puertos de interés general, organizados sindicalmente por la Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios, se habían sumado a las medidas de acción convocadas desde que tres años antes el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) dictara una sentencia en la que condenaba a la legislación españo-

[2] Una primera intervención de la CNMC en el ámbito de la estiba se produjo a raíz de la firma de un primer IV Convenio estatal el 26 de julio de 2007 mediante un expediente 2805/07 que culminó en la resolución de 2 de setiembre de 2007 por el que se impusieron duras sanciones pecuniarias a la patronal ANESCO y a varias federaciones sindicales, en especial a la hegemónica en el sector, la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar. Pero las partes habían desistido de su publicación cuando la Dirección General de Empleo había considerado insuficiente la representatividad de ANESCO, aprobando un nuevo Acuerdo el 10 de setiembre de 2008.

[3] Cfr. para el caso británico CABEZA PEREIRO J., "La relación laboral de estiba portuaria en el Reino Unido", *REDT* 84 (1997), pp. 557 ss.

[4] El Real Decreto-Ley 4/2017, de 24 de febrero, sobre establecimiento de un régimen del servicio portuario de manipulación de mercancías que diera cumplimiento a la sentencia TJE de 11 de diciembre de 2014, vino derogado por el Acuerdo de Derogación del Congreso de Diputados de 16 de marzo del mismo año, BOE del 24.

la como no ajustada a las normas comunitarias sobre libertad de establecimiento basadas en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento (TFUE).

El RDL 8/2015 parte en su exposición de motivos -de un reduccionismo interesado- de la sentencia TJE de 11 de diciembre de 2014 para, a través de él, considerar necesaria la derogación de la relación laboral especial de estibadores portuarios contemplada en la Ley de Puertos del Estado[5], así como la supresión paulatina de las sociedades anónimas de gestión de estibadores portuarios (las SAGEPs que contrataban a los trabajadores fijos en la relación laboral especial de estibadores), y dar entrada a las empresas de trabajo temporal en lugar de aquéllas. El RDL tiene bien pocos artículos, cuatro, de los que el primero es puramente descriptivo y el tercero regula un tema menor, el de la capacitación y titulaciones de los estibadores, por lo que realmente los puntos principales residen en el artículo 2, el cual proclama la libertad empresarial de contratar a estibadores sin necesidad de pertenecer a entidades intermediarias como las SAGEPs, y el artículo 4, sobre la posibilidad de creación de empresas de mediación e intermediación para acercar a las empresas portuarias y los estibadores, los denominados centros portuarios de empleo. Ahora bien, la parquedad de artículos viene largamente compensada por dos disposiciones adicionales y tres densas disposiciones transitorias dedicadas al destino de las SAGEPs, y cinco

[5] Real Decreto Legislativo 2/2011. Prácticamente todos los artículos ahora derogados lo habían sido ya por el RDL 4/2017, sin éxito, como sabemos. Al momento de escribir estas líneas dicha regulación ha venido derogada, aunque subsisten aspectos en la Ley de Puertos y en los convenios aún en vigor, por lo que no viene mal resumir cómo se hacía/se hace: la actividad promedio de una empresa portuaria venía atendida por trabajadores en relación laboral "común", en un 25 % que determinaba la autoridad portuaria, y el resto se evacuaba con estibadores temporales que no obstante disfrutaban de una situación estable en la SAGEP, la cual les abonaba durante los tiempos de inactividad –cuando no eran reclamados por las empresas portuarias- un subsidio que venía a ser el 70 por 100 del sueldo, porcentaje que correspondía al que se abonaba hasta no hace mucho como prestación por desempleo en los demás sectores de actividad. Dicha relación con la intermediaria se denominaba relación laboral especial de estibadores y venía contemplada en el art. 2.1.h ET 2/2015 y en la ya mencionada Ley de Puertos. Sobre la relación especial, vid. BALLESTER PASTOR I., *La relación laboral especial de estibadores portuarios,* Tirant lo Blanch, Valencia 2014; RODRÍGUEZ RAMOS P., *La relación laboral especial de los estibadores portuarios,* Trotta, Madrid 1997; FERNÁNDEZ AVILÉS J.A., "La estiba sigue en conflicto", *CEF-Trabajo y Seguridad Social* 409 (2017), 5-14: RODRÍGUEZ-IZQUIERDO M., "Europa y los estibadores", *Diario de Sevilla 17 de abril de 2017;* ALVAREZ DE LA ROSA M., "Informe jurídico acerca de la adecuación entre la sentencia del Tribunal de Justicia de 11/12/2014 y las bases pactadas por la patronal ANESCO y los sindicatos Coordinadora de EE.PP., UGT y CCOO para reformar la Ley de Puertos en relación con el trabajo de los estibadores portuarios, Tenerife 2015, inédito; VILLAR ROJAS F., "La libertad europea de establecimiento: restricciones justificadas y no justificadas (a propósito de la STJUE sobre la estiba en los puertos españoles)", en VV.AA., *Derecho Administrativo e Integración Europea,* Ed. Reus, Madrid 2017, pp. 327-342; CUÉTARA MARTÍNEZ J.M. y GARRIDO ROSELLÓ J.E., "Cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11/dic/2014, sobre el régimen de manipulación de mercancías en los puertos españoles", dictamen, Madrid 2015, inédito.

heterogéneas disposiciones finales donde entre otros aspectos se modifican algunos artículos de la Ley de Puertos del Estado[6].

Como diferencias importantes con el anterior y derogado RDL de reforma de la estiba, el vigente incorpora ante todo como anexo la propuesta de mediación realizada por el presidente del Consejo Económico y Social –algo inédito en una norma del Estado, salvo error u omisión-, donde se encuentran pormenores de las ayudas y mecanismos suavizadores de la transición. Semejante incorporación guarda inequívocas semejanzas con las Directivas UE dictadas para reforzar algunos acuerdos colectivos entre los interlocutores sociales europeos, sobre todo en transportes, y significa a mi juicio la recepción de su contenido como norma estatal con el mismo rango que el Decreto-Ley que lo incorpora[7]. Por otra parte, el RDL introduce además una nueva disposición adicional segunda en la cual aparece recogida la posibilidad de convenios colectivos de una pluralidad de empresas portuarias pertenecientes a un mismo puerto, lo cual no implica ninguna novedad si recordamos el artículo 84.2 ET, al que cita para proclamar su prioridad aplicativa frente a los convenios de ámbito superior. Afirmación rompedora de la situación existente hasta el momento, en que los poderosos convenios locales –de Algeciras, Barcelona, Valencia, Sevilla etc.- respetaban la prioridad del convenio estatal, con el que se articulaban, mal que bien, en punto a materias y a niveles de detalle. Insistencia en la tan discutida inversión de prioridades que si ahora aparece, y no en el RDL derogado dos meses antes, ha de venir causada por la posibilidad de que alguno de los grandes puertos mencionados no obedezca a la disciplina del gran sindicato de estibadores CEEP[8].

Pues bien, los problemas principales del RDL a la hora de eliminar la relación laboral especial de estibadores han consistido tanto en el desmantelamiento de las sociedades de estiba que servían de contraparte empresarial a esos estibadores fijos, cuanto al destino de estos últimos, privados de la estabilidad de que disfrutaban. Y si bien la desaparición de las SAGEPs obtiene en las disposiciones transitorias citadas un cierto nivel de eficiencia, pues quedan autorizadas a

[6] Cuatro párrafos y apartados que no sufren la derogación contemplada para la mayoría de los artículos referidos a la estiba de dicha Ley ordenada por el RDL aquí presentado.

[7] En el similar sentido, parece, ALVAREZ DE LA ROSA M., "El trabajo en la estiba portuaria o la búsqueda del empresario", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 37 (2018), p. 24, quien alude a ella como "la que fue propuesta, hoy texto legal".

[8] En un recorrido histórico de los convenios colectivos recientes del puerto de Barcelona, el suscrito en junio de 2014, y aparecido en el BOPB de 19 de agosto del mismo año, indicaba como partes sindicales firmantes a OTEF, CCOO y UGT, sin la presencia de la CETM (antes CEEP, Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios). El siguiente convenio, suscrito el 18 de diciembre de 2006 con aplicación desde el 2006 al 2010 (DOGC 19 de junio de 2006), vino ya firmado por la Asociació d'Empreses Estibadores Portuaries de Barcelona y la Organització d'Estibadors Portuaris de Barcelona. Estas dos asociaciones son las firmantes del último convenio (BOPB 27 de diciembre 2016), con validez desde 20.

continuar ejerciendo su intermediación durante tres años, hasta mayo de 2020, con las empresas estibadoras que decidan continuar como socias de ellas, y tras dicho plazo convertirse en empresas de trabajo temporal, no sucede lo mismo con la regulación de los estibadores vinculados a las SAGEPs en relación laboral especial, los cuales habrán de continuar siendo contratados por todas las empresas de estiba durante el período transitorio antes aludido en proporción del 75% de su carga de trabajo en el primer año, el 50% en el segundo y el 25% en el tercero. Semejante regulación progresiva –o regresiva, según consideremos- implica sencillamente una ralentización del momento en que venga suprimida la relación de permanencia con la moribunda SAGEP, pero deja a la voluntad de las partes el grado de permanencia de la nueva relación, si fija o temporal, siendo así que por la naturaleza *irregular* del empleo en los puertos, donde los barcos pueden arribar a cualquier hora de la noche como del día, y de ordinario con la necesidad de estibar o desestibar aceleradamente, y por los picos de trabajo surgidos con ello, habrá momentos de gran demanda y otros de calma plena, sin existir un cierto equilibrio entre unos y otros que permitan al estibador organizarse en torno al trabajo en los muelles. Y si por una parte el RDL determina que la autoridad portuaria abonará el íntegro de las indemnizaciones en los despidos por causas objetivas o colectivas de trabajadores procedentes de las SAGEPs cuya antigüedad en el empleo fuera anterior al 11 de diciembre de 2014 (fecha de la sentencia TJE en la que el RDL se basa), por otra los sindicatos han planteado la conveniencia de establecer la subrogación de las empresas portuarias en la relación laboral permanente que antes suscribía la SAGEP, a los que las asociaciones empresariales se niegan.

El origen de la relación laboral especial de estibadores portuarios surge precisamente de dicha situación irregular, agudizada por la automatización ocurrida en los años sesenta y setenta, cuando la OIT aprueba su Convenio 137 de 1973 sobre trabajo portuario[9], situación de la que derivan importantes inconvenientes para ambas partes de la relación: para los trabajadores, la precariedad en el empleo, variable según la estación y el puerto; y para las empresas, la dificultad para cargar o descargar mercancías y pasajeros en los momentos de afluencia, con graves consecuencias para la incolumidad de unas y otros[10]. Merced a esa

[9] El preámbulo del Convenio decía al propósito que "se han producido y siguen produciéndose importantes cambios en los métodos de manipulación de cargas en los puertos –por ejemplo, la adopción de unidades de carga, la introducción de sistemas de trasbordo horizontal (roll-on/roll-off) y el aumento de la mecanización y de la automatización- y en el movimiento de mercancías". Aún estaban por llegar los muelles semiautomatizados.

[10] Problemas sempiternas, de todas formas, en el trabajo portuario, como nos relata SILVA ROMERO M. al hablar de las condiciones de trabajo entre los estibadores negros y zambos del río Magdalena, en su escrito "De la negociación laboral de los negros y zambos del río Magdalena", en VV.AA. (GORELLI HERNÁNDEZ J., coord.), *El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, CARL, Sevilla 2014, pág. 503: "Las condiciones de trabajo en el río eran muy crueles. El capitán escogía a dedo entre la multitud desempleada, que se arremo-

relación laboral, el estibador se obliga a una dedicación plena al puerto, abandonando cualquier otra actividad que cubra los vacíos de empleo en aquél, lo que se logra no solo con el pase de lista periódico a pie de muelle, sino también con la permanencia en el empleo, con determinados subsidios internos para los días de inactividad, y con generosos sueldos de los que hablaremos después. Lo cual no ha impedido eliminar totalmente las turbulencias de los picos de actividad ni de la competencia entre las propias empresas estibadores, dispuestas a abonar sobresueldos a los equipos más avezados y rápidos para terminar la manipulación de carga lo más velozmente posible, pero ha pacificado las relaciones entre ambas partes.

Esas relaciones pacíficas entre partes ha permitido la negociación de convenios colectivos ampliamente generosos en condiciones de trabajo, comenzando por el de ámbito estatal y terminando por los de puertos específicos, cuya importancia queda de manifiesto en su regulación de horarios y jornadas, sueldos y suplementos. El RDL 8/2017 ordena que en el plazo de un año (a mayo de 2018) queden negociadas por las partes las modificaciones y adaptaciones de dichos textos a las normas estatales. Sin embargo, los sindicatos han planteado lo que denominan la subrogación de las empresas portuarias en las relaciones estables.

A lo largo de 2017 se han abierto negociaciones entre sindicatos y asociaciones empresariales que no han logrado superar el escollo de la subrogación. Mayo de 2018 quedó también atrás, y la solución extrema de anular cuanto se oponga al RDL en los textos convencionales llevará a nuevos conflictos y a una encarnizada competencia entre empresas para llevarse los mejores equipos en los muelles.

Así pues, la situación se encuentra en cierto *impasse* cuyas posibles salidas resulta difícil de imaginar. Pero algo tenemos como cierto, y es la procelosa historia del conflicto que ha generado las dificultades presentes. Pues si la Comisión Europea ha tenido sus razones interesadas en intervenir denunciando ante el TJE, y éste parece haber desandado en su sentencia lo que previamente había

---

linaba cerca del barco a punto de partir, a unos cuantos trabajadores, tripulantes, cocineros, mecánicos, latoneros, etc. para iniciar el viaje de miles de millas, en un medio tropical, salvaje y hostil … Éstos no tenían ninguna garantía, debían laborar con el despotismo extremo de los capitanes de buque, quienes a la más mínima molestia o contrariedad, así fuese causada o no por los tripulantes, los dejaban en los playones infestados de babillas y cocodrilos, o en los pequeños puertos, sin darles ningún recurso para su regreso a donde fueron 'montados' Las condiciones de higiene en estos viajes eran muy precarias para los pasajeros, pero inexistentes para los trabajadores, quienes corrían riesgos para hacer sus necesidades fisiológicas, la comida se la servían en canecas y cada uno con una taza de latón amarrada a su cintura con un lazo, recibía la porción que se le suministraba. Al encallar algún buque en los playones la actividad para desencadenarlo era muy peligrosa, al igual que se presentaban accidentes de trabajo fatales para atracarlo en algún muelle de alguna población perdida en la selva o cuando se reparaban calderas".

construído en sentido contrario, el Ministerio de Fomento ha jugado un papel no ciertamente imparcial en el *affaire*, y en las negociaciones directas entre partes no ha figurado algún protagonista que, desde la sombra o quizá desde la distancia, ha intervenido con un brío inesperado, auxiliado por la prensa económica y los grandes despachos polivalentes.

Por ello, dedicaré las páginas siguientes a clarificar el trasfondo del RDL poniendo el acento más en la voluntas legislatoris que en la voluntas legis, en la certeza de que la primera está presente en la segunda, y de que no siempre la norma transmite el sentido común, sino el interés de su autor.

3. LA GLOBALIZACIÓN EN LA ACTIVIDAD PORTUARIA

Las SAGEP no han sido un capricho ni una imposición de los sindicatos de estibadores. Registros unificados, ya fueran controlados por las empresas portuarias, o por los sindicatos en régimen de *hiring hall,* existen desde siempre, pues la actividad de carga y descarga en los muelles es tan aleatoria, irregular e imprevisible que hace conveniente una lista, *pool* o *hall* a donde acudir, y que los empleos precarios estén bien pagados[11]. Los empresarios de la estiba, por dichas razones, aceptan su existencia, y por ello no tuvieron problemas en aprobar en la OIT el Convenio nº. 137 (1973), donde se proclama taxativamente la garantía de ingresos o de ingresos mínimos para los trabajadores, así como la creación de un registro de estibadores con prioridad de empleo. En España, además, los servicios de intermediación de la carga y descarga pasaron de estar controlados por la Autoridad Portuaria a estar formados y dirigidos por las propias empresas estibadoras bajo la figura jurídica de sociedad anónima, SAGEP[12]. Semejante coincidencia entre empleadores y trabajadores ha venido facilitada hasta ahora por el hecho de que las empresas portuarias repercutían el precio de las labores en los navieros y consignatarios de buques, o en cualquier caso en los compradores de las mercancías.

Pero la armonía se sustentaba en el carácter local de los empresarios de la estiba y el carácter foráneo de los navieros. Ese mercado cerrado desaparece con la globalización, cuando navieros, consignatarios, fletadores y empresas portuarias forman alianzas o amplían sus horizontes mercantiles: bancos de negocios norteamericanos traspasan sus participaciones en muelles europeos a consorcios chinos, por ejemplo[13], en medio de una amplia competencia económica interna-

[11] De 1954 es el film estadounidense "La Ley del silencio", del director Elia Kazan, centrado en el sindicato de estibadores del puerto de Nueva York, que había caído en manos de la mafia.

[12] Una descripción nítida de la evolución del sistema de estiba lo hallamos en ALVAREZ DE LA ROSA M., "El trabajo en la estiba portuaria o la búsqueda del empresario", cit., pp. 13 ss.

[13] La prensa anunciaba el 3 de junio de 2017 la venta por el banco norteamericano JP Morgan a la empresa naviera estatal china Cosco de una parte del mayor operador portuario español,

cional en donde firmas como Maersk, Hutchinson, OHL Concesiones, Algeposa, Boluda o Bergé transportan mercancías, gestionan muelles o construyen terminales. Para esas empresas polivalentes, el ahorro en los costes de manipulación de cargas es importante, y repercutirlos en sus clientes finales envuelve dificultades por la intensa competencia internacional. Ahora bien, probablemente prefieran reducir esos costes con mayor suavidad a cambio de mantener la paz social en los muelles, en vez de intentar las soluciones drásticas defendidas por una parte de ellos.

En el trasfondo de las decisiones que puedan adoptarse en el próximo futuro juega un papel central la determinación de la auténtica participación de los salarios de estibadores en el total de los costes portuarios. Estimaciones interesadas que arrojaban una participación de aproximadamente el 50 por 100 en el total de costes y situaban el salario medio de un estibados en cuantías cercanas a los 4.000 euros mensuales[14] contrastan con estudios más transparentes y menos difundidos en donde se distinguen entre costes de la estiba, costes de practicaje y pilotaje y tasas portuarias, y en donde las mayores cuantías van a los segundos[15].

4. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO

La justificación inicial de la ofensiva del Estado contra la relación laboral especia de estibadores tiene su base en una sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13, en donde había un duro alegato contra el sistema español de estiba[16]. Casi nadie recuerda que la intervención del TJE había venido solicitada por la Comisión Europea -el caso se titula Comisión Europea contra Reino de España- tras una larga y fallida serie de intentos de la Comisión para regular mediante Directiva o Reglamento el trabajo en los puertos europeos. Y tampoco hay noticia de quién había denunciado la situación

Noatum Ports, concesionario de terminales portuarias en Valencia, Barcelona, Bilbao y Santander. Otra naviera china, Hutchinson, gestiona una terminal propia en el puerto de Barcelona. La Total Terminal International Algeciras S.A.U. (TTI Algeciras) viene a su vez impulsada por la compañía surcoreana Hanjin Shipping. Etc.

[14] Cálculos efectuados por la consultora Price Waterhouse and Cooper para la Plataforma de Inversores PIPE. Los resultados de ese informe fueron ampliamente difundidos por la prensa, pero la Plataforma no permitió su consulta directa ni se encuentra disponible en internet.

[15] Informe del Centro de Innovación del Transporte de la Universidad de Barcelona para la Fundación de Estudios Portuarios, disponible en internet bajo el título "Estudio sobre las tasas y servicios portuarios en terminales de carga rodada. Propuesta de modelo para un observatorio de costes", Barcelona 2014. El estudio indica que las empresas portuarias no tienen claro los costes de su personal, y hace un desglose de éstos en varios escenarios a tenor del tipo de carga manipulada.

[16] Véase ALVAREZ DE LA ROSA M., "El trabajo en la estiba portuaria: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* 4 (2015), págs. 91-93.

a la propia Comisión, impulsando su demanda ante el TJE, pues aquélla actúa por lo común a iniciativa de parte interesada y guarda silencio sobre quién sea dicha parte; pero sobre la cual los rumores apuntan hacia un conocido despacho de abogados madrileño. La condena al Estado español, respaldada por multas de 134.000 euros diarios, justificó finalmente la intervención del Gobierno en el ámbito portuario mediante Decretos Leyes[17]. En sí misma, la sentencia del Tribunal Europeo habría permitido soluciones relativamente suaves, dejando por ejemplo libertad a las empresas estibadoras para formar parte o no de las SAGEP y de organizar su personal como estimaran oportuno. Algo de eso había visualizado el mediador nombrado por el gobierno después de la sentencia TJUE, pues consideró que las condiciones de trabajo debían resultar de la negociación colectiva, mientras que el Estado debía asumir las indemnizaciones de los despidos individuales y colectivos, así como para las jubilaciones anticipadas que la liberalización produjera[18]. El segundo de los Decretos Leyes, el 8/2017 de 12 de mayo, prácticamente sigue al anterior una vez superado el veto del Parlamento, según vimos. Como resultado, varias huelgas en todos los puertos fueron convocadas. Como una caja de Pandora, la nueva regulación abría un espacio tormentoso cuyos resultados son difíciles de predecir.

5. LA INCÓGNITA DE LOS COSTES LABORALES

Los cálculos de la consultora PwC nos deben llevar a plantearnos si lo desorbitado son los salarios o los costes laborales, porque no son lo mismo. No parece pensable que un estibador perciba una media de 67.000 euros anuales a no ser que exista plena ocupación en el puerto de referencia y efectúe dos turnos seguidos cada día, por más que no tenga que agotar las seis horas de cada uno. Ni siquiera por el hecho de que las horas nocturnas se abonen en cuantía superior y que existan los "remates" o tareas de ajuste final parece adecuada esa cifra. La crítica proveniente de la confederación CETM apunta a la inclusión como salarios de otros gastos de las empresas como amortizaciones de concesiones de suelo público, maquinaria y nuevas tecnologías, entre otros. Es decir, no solo el salario[19]. Más allá de tales observaciones, parece clara la inclusión como sala-

[17] Al respecto puede verse VILLAR ROJAS F., "La libertad europea de establecimiento: restricciones justificadas y no justificadas (A propósito de la STJUE sobre la estiba en los puertos españoles)", en VV.AA., *Derecho Administrativo e integración europea*, ed. Reus, Madrid 2017, pp. 327 ss.; FERNÁNDEZ AVILÉS J.A., "La estiba sigue en conflicto", *CEF-Trabajo y Seguridad Social* 409 (2017), pp. 5-14. El texto figura como anexo al Real Decreto-Ley 8/2017.

[18] PEÑA PINTO M., Propuesta de mediación sobre efectos laborales de la nueva ordenación laboral del servicio portuario de manipulación de mercancías, Madrid 30 de marzo de 2017. Jubilaciones anticipadas a los 60 años "o menos", p. 14 del texto inédito. Las ayudas a la jubilación anticipada consistirían en el 70 % del sueldo último.

[19] Información citada supra de El País. "Esto falsea los datos, por eso pedimos un análisis pormenorizado del coste de la estiba", señala CETM.

riales de gastos que componen el coste laboral, pero no entran en la calificación estricta de salarios: así, los gastos de formación o los de prevención de riesgos, las cotizaciones de seguridad social, y en especial los debidos a las SAGEP para la financiación de las relaciones laborales especiales de mano de obra, donde aparecen costes de personal durante los períodos de inactividad que, si bien denominados "garantía de percepción salarial"[20], "garantía de retribución" etc., y los más directos, denominados "salario de asistencia" o "de inactividad "[21], constituyen en realidad la fórmula de conversión de un conjunto de contratos precarios reiterados en una misma relación laboral discontinua con una prestación-puente para los períodos de disponibilidad[22].

El informe de PwC ha venido controvertido por otros informes y análisis con cifras más realistas y caracterizados por su fácil acceso, a diferencia de aquél[23]. Así por ejemplo, el de la Universidad de Barcelona estima que el coste de la mano de obra estibadora en total de la empresa portuaria se encuentra entre el 14 y el 20 por 100, aun cuando con variaciones a tenor del tipo de maquinaria utilizado, car-carrier, roro plataformas, o ropax camiones, siendo la mayor partida de coste las tasas portuarias [24]. De los costes de manipulación se distinguen los servicios de amarre, remolque y practicaje, considerablemente más caros[25].

---

[20] Art. 10.7.5 del Convenio Estatal de Estibadores de 2014-2017 (BOE 30 de enero de 2014): "Las partes convienen en establecer una garantía de percepción salarial de treinta turnos mensuales. Los turnos no trabajados hasta completar los treinta, se percibirán al valor del salario de asistencia o de inactividad fijado en los convenios inferiores".

[21] Convenio de Algeciras, citado, art. 21: "Garantía anual de trabajo efectivo para los trabajadores en RLE. A todos los trabajadores que estén disponibles para trabajar (colgados), se les abonará el concepto de IN en caso de no llegarle el trabajo (incluidos sábados, domingos y festivos hábiles e inhábiles)".

[22] Requisito para tales prestaciones es la presencia del estibador en los pases de lista del puerto.

[23] El Informe de PwC para la plataforma PIPE tuvo gran difusión en la prensa, pero sin el detalle de los epígrafes que habían sido tenidos en cuenta para la elaboración de costes salariales. "Lo divertido del asunto es que este informe hay que creérselo, porque no es de dominio público sino que se ha entregado a determinado periódico que construyó la noticia viralizada en otros medios. No hace falta ser muy espabilado para darse cuenta que si un informe no es hecho público, más en una circunstancia como la que tratamos, es que no deben querer que sea sometido a demasiado escrutinio" decía un blog desenfadado el 6 de marzo de 2017 bajo el título "Estibadores contra administrativos de Universidad (I)".

[24] CENIT, Facultat de Náutica de Barcelona, "Analysis of taxes and port services costs in Ro-Ro terminals. A proposal for a cost observatory", 2014, traducción al español: "Estudio sobre las tasas y servicios portuarios en terminales de carga rodada - Propuesta de modelo para un observatorio de costes. Resumen ejecutivo", pp. 15 ss. El informe era también a petición de parte, en este caso FUNESPOR.

[25] En p. 21 el informe de CENIT indica lo siguiente: "Los servicios portuarios (amarre, remolque y practicaje) representan entre un 50-65% del coste total de la escala, siendo el coste correspondiente al remolque portuario el que mayor peso sostiene (40-55% sobre el coste total de la escala). El servicio de manipulación de la mercancía (total de la estiba) supone entre un 25-30% del

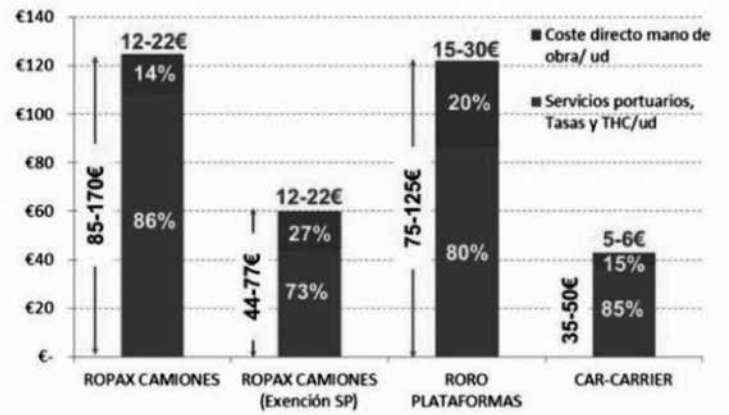

Figura 31. Coste adicional medio por unidad de mercancía debido al paso por un puerto (valores medios obtenidos según las siluetas de costes simuladas). *Para RoRo Plataformas y en nocturnidad el incremento de coste asciende entre 105-255€ (40-100€ corresponde a la mano de obra, respectivamente)

Aún más clarificador es el conocido informe del Banco Mundial "Doing Business en España" en su edición para 2015, a cuyo tenor el coste de la manipulación de mercancías de los diferentes puertos españoles está por debajo de la media de los países de la OCDE, y por debajo de puertos como Hamburgo, Le Havre, Génova y alguno como Algeciras o Bilbao, hasta de Rotterdam[26].

6. EL REGLAMENTO UE 2017/352, DE 15 DE FEBRERO, MARCO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS

Seguramente este Reglamento aparece cronológicamente antes que el Decreto-Ley 8/2017, pero intencionadamente lo coloco después de él porque el *dies a quo* para su aplicación viene colocado en una fecha aún futura, el 24 de marzo de 2019[27]. Doctrina cualificada ha señalado lo que quizá no resulte tan obvio, el hecho de que el tratamiento normativo y convencional hayan de tomarlo como referencia, pareciendo indicar trae consigo importantes novedades a las que deberán doblegarse la legislación y los convenios actuales. A ello parece abocar el preámbulo del Reglamento, cuando en su primer párrafo señala como objetivos la plena integración de los puertos en unas cadenas logísticas y de transporte sin

coste total de la escala. En este caso, el coste de la mano de obra portuario (en concepto de contratación de estibadores) representa un 14%".

[26] Banco Mundial, *Doing Business en España 2015*, cit., p. 69.

[27] Art. 22, Entrada en vigor. No obstante el que la entrada en vigor quede fijada a los vente días de su publicación en el DOUE -esto es, en marzo de 2017-, el artículo precisa a continuación que "será aplicable a partir de 24 de marzo de 2019".

discontinuidad, lo cual requiere unos servicios portuarios que contribuyan al uso eficiente de los puertos y a un clima favorable para la inversión. Y en su párrafo 2 abunda en que los puertos contribuyen a la competitividad a largo plazo de la industria europea. Sin embargo, el Reglamento procede del Parlamento y del Consejo de la UE, y ya he mencionado el reiterado fracaso de la Comisión en lograr un Reglamento acorde con sus propósitos, viendo cómo eran rechazadas sus propuestas. En esta ocasión, el preámbulo menciona la Comunicación de la Comisión de 3 de octubre de 2012 en torno a la necesidad de disponibilidad, eficiencia y fiabilidad de los servicios portuarios, así como a la transparencia en las tasas portuarias y a la simplificación administrativa, pero luego en el texto normativo no hay referencia clara a una condena de los regímenes controlados, vigente en numerosos puertos europeos[28]. El requisito omnipresente en esas normas consiste en la necesidad de transparencia, objetividad, no discriminación, aunque también proporcionalidad y pertinencia[29], siendo de obligatorio cumplimiento en la prestación del servicio portuario.

Asimismo en la referencia a los "operadores internos" por el artículo 8, permite a la autoridad portuaria prestar un servicio portuario por delegación en una entidad jurídicamente independiente sobre la cual ejerza un grado de control similar al ejercido sobre sus propios departamentos, con influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos. Entiendo que unas SAGEPs como las declaradas a extinguir por el RDL 8/2017 tendrían acomodo en tal regulación, con solo reducir el ámbito competencial y aplicativo a las empresas estibadoras, principalmente. La libertad de las empresas portuarias para pertenecer o no a ellas no parece preocupar al Reglamento, siempre que la obligación de pertenecer sea proporcionada y pertinente al servicio considerado, algo en aparente contradicción con la Sentencia TJUE ya comentada, pero en realidad acompasable en un ajuste fino.

[28] Valga como ejemplo el art. 3, Organización de los servicios portuarios, que señala: "1. El acceso al mercado de prestación de servicios portuarios en los puertos marítimos podrá, de conformidad con el presente Reglamento, estar sujeto a: a) requisitos mínimos para la prestación de servicios portuarios; b) limitaciones del número de prestadores; c) obligaciones de servicio público; d) restricciones relacionadas con operadores internos. 2. Los Estados miembros podrán disponer en la normativa nacional que una o varias categorías de servicios portuarios queden exentas del conjunto de las condiciones a que se refiere el apartado 1. 3. Las condiciones de acceso a los servicios, instalaciones y equipos del puerto serán justas, razonables y no discriminatorias". Y el art. 4 indica que los requisitos mínimos podrán referirse a "(c) los equipos necesarios para prestar el servicio portuario en condiciones seguras, y la capacidad para mantener esos equipos al nivel que se requiera".

[29] Art. 4.4.

7. EL ACUERDO DE MODIFICACIÓN Y LA INTERVENCIÓN DE LA CNMC

Como ya vimos *supra*, a lo largo del año 2017, incluso antes de los dos Decretos Leyes promulgados por el Gobierno, las partes negociadoras habían intentado llegar a un acuerdo centrado en la posibilidad de que las empresas portuarias incorporaran a su plantilla la mano de obra que vinieran utilizando dentro de las SAGEPs. Las posiciones se trazaban nítidas entre las empresas y los sindicatos (en realidad, *el* sindicato), pues mientras las primeras rechazaban subrogarse, los segundos pretendían tal reparto del personal registrado. En puridad nos hallábamos ante una solución a corto plazo, pues aun cuando las empresas aceptaran asumir sus respectivos porcentajes de estibadores, era difícil que aceptaran la consideración de fijos de plantilla e irían paulatinamente prescindiendo de esos trabajadores mediante expedientes de crisis, financieramente respaldados por la Administración Pública; pero al menos la situación asumía un horizonte menos traumático en la desaparición de las sociedades de estiba. Finalmente se llega a un acuerdo en julio de ese mismo año[30] para introducir una nueva Disposición Adicional 7ª en el IV Acuerdo estatal de 2014, a cuyo tenor las empresas que se fueran separando de su respectiva SAGEP asumirían ("se subrogarán") en la relación laboral con los trabajadores que a la entrada en vigor del RDL 8/2017 tuvieran en plantilla, rigiéndose por el artículo 44 ET y por los convenios colectivos en vigor. De nuevo aparece la Comisión Paritaria Estatal (en resumidas cuentas, ANESCO y CEEP) para informar de las decisiones de separación "y sobre el sistema de asignación de trabajadores a cada empresa que se pactará en el ámbito estatal", así como para interpretar los acuerdos y resolver los conflictos[31]. Eviden-

[30] Resolución de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 7 de julio de 2017 por la que se registra y publica el Acta de modificación del IV Acuerdo del sector de la estiba portuaria alcanzado el 6 de julio del mismo año (BOE 18 de julio).

[31] La Disposición Adicional dice así: "Aquellas empresas que opten por decidir su separación de la SAGEP en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, se subrogarán el personal de la estiba portuaria, que a fecha de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad. En consecuencia, el citado personal, tendrá derecho a su incorporación voluntaria en dichas empresas estibadora en las mismas condiciones laborales individuales y colectivas que posee actualmente. Este supuesto se regirá, por analogía, por lo previsto en el artículo 44 del estatuto de los trabajadores para la sucesión de empresas y seguirán rigiéndose por el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE número 26, de 30 de enero de 2014), incluida la presente modificación y otras que se acuerden, y por los convenios colectivos sectoriales del puerto en vigor a la fecha de la firma de esta disposición adicional o sus modificaciones posteriores, hasta su sustitución por el V Acuerdo o por los nuevos convenios colectivos sectoriales y de pluralidad de empresas u otros que resulten aplicables. En el caso de que todas las empresas decidan la separación de la SAGEP y, por tanto, se proceda a su liquidación, igualmente, los trabajadores tendrán derecho a la subrogación en las empresas estibadoras según su porcentaje de participación en el capital de la SAGEP. Antes de que se ejecute por las empresas las decisiones de separación de la SAGEP, deberán informar a la Comisión Paritaria Sectorial

temente surgirán tensiones a medida que la fecha de entrada en vigor señalada vaya alejándose en el tiempo, teniendo en cuenta que los convenios locales han tenido un año de plazo (hasta el ya citado mayo de 2018) para ajustarse al RDL 8/2017.

En el largo proceso de adaptación a la nueva realidad jurídica, queda por ver si la fragmentación del empleo en los puertos significará o no el fin del control sindical de la entrada en plantilla, la otra gran crítica junto con los elevados sueldos lanzada por las organizaciones empresariales contra el sistema que ahora acaba. El sindicato hegemónico ha mostrado su ductilidad al firmar el acuerdo de modificación, y nada hace presumir que vaya a perder ese enorme predominio afiliatorio, al menos en los años próximos, por lo que el intervencionismo del Estado y de la Comisión Europea pueden encontrarse con un agudo baluarte a la hora de adaptar el estricto cuadro normativo a la negociación y el equilibrio. No en balde uno de los últimos acuerdos de modificación al que llegaron las partes del IV Acuerdo para obtener su publicación en 2014 afectó al muy extenso y prolijo artículo 19, en el sentido de sintetizar de algún modo las competencias de la Comisión Paritaria Estatal Sectorial, aunque manteniendo las competencias más delicadas, de entre las que puede resaltarse la contemplada en el apartado 19.4.e de informarle -las empresas obligadas por el Acuerdo- sobre los nuevos ingresos de trabajadores[32]. Intereses para mantener una paz social duradera existen muchos, y los costes de personal no son los más elevados en el contexto portuario.

Estatal, que incorpora a sus competencias la emisión de informe preceptivo sobre sus efectos y sobre el sistema de asignación de trabajadores a cada empresa que se pactará en el ámbito estatal. Asimismo, la Comisión Paritaria Sectorial Estatal asume la competencia de interpretación y resolución de conflictos de la presente disposición adicional. La presente Disposición adicional tendrá eficacia desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017".

[32] El apartado en cuestión permanece en realidad sin cambios respecto a la redacción original, y dice así: "Son funciones específicas de la CPSE las siguientes (…): e) Informar sobre el ingreso de nuevos trabajadores en las SAGEP y Centros portuarios de Empleo (CPE) para la realización de las actividades del ámbito funcional del presente convenio en todos y cada uno de los puertos del territorio español. A los anteriores efectos, las SAGEP y los CPE en cada Puerto o, en su caso, las respectivas organizaciones empresariales y sindicales *y empresas obligadas por el presente acuerdo*, remitirán a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal los datos de actividad y volumen de empleo existente y detalle de la plantilla por grupos profesionales y especialidades, números de turnos, reenganches, retribución media y, en general, todos aquellos datos previstos en el presente Acuerdo y los que puedan ser solicitados para dar cumplimiento a esta y otras funciones encomendadas. Cuando el informe de la Comisión Paritaria Sectorial Estatal hubiera sido contrario a la propuesta realizada las partes podrán solicitar su revisión ante la CPSE aportando nuevos datos, modificando los términos y condiciones de los ingresos para ajustarse total o parcialmente a la propuesta de la comisión o, en su caso, aclarando o motivando la solicitud. En el supuesto de solicitud de revisión de la propuesta formulada, el informe de la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, deberá emitirse en el plazo máximo de un mes".

No hay información pública sobre la marcha del expediente sancionatorio de la CNMC contra ese acuerdo, aunque sí de las acusaciones contempladas en la denuncia, como ya indiqué en nota 1. Si trazamos un paralelismo con el expediente de setiembre de 2007 ya mencionado también al comienzo de estas líneas, el punto conflictivo parece estar relacionado con la pervivencia del control de la comisión paritaria y la aplicación *extra moenia* del convenio, que afectaría a empresas no estrictamente dedicadas a la estiba -en especial las grandes empresas del transporte marítimo y las de tráfico con y desde el puerto[33]-, que se basaba en el hecho de haber sido firmado por solo uno de los sindicatos presentes en la mesa negociadora, la Coordinadora Estatal CETM, con el 73,2% de representatividad[34], en tanto que la patronal ANESCO afirmaba tener más del 50 por 100 de empresas y de trabajadores entre sus afiliadas, y pese a ello el Acuerdo pretendía aplicarse a todas las empresas y trabajadores de la estiba portuaria.

La resolución apunta al ámbito de aplicación del Acuerdo, que sería más allá de la estiba, pues también estarían incluidas en él y, "por tanto, sujetas a las condiciones pactadas, las empresas que sin ser estibadoras, realicen como actividad principal las actividades complementarias...."[35]. Menciona también una de las competencias de la comisión paritaria del convenio, consistente en "aprobar con

[33] El reciente convenio colectivo para el puerto de Barcelona regula el tema del transporte terrestre a y desde el puerto de manera satisfactoria, y quizá por ello no ha sido denunciado por la CNMC como en cambio ha sido el del Puerto de Vigo. En su nota de prensa de 16 Feb 2017, la CNMC indicaba que "ha incoado expediente sancionador contra Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (C.C.O.O), Confederación Intersindical Galega (CIG), Líneas Marítimas Españolas, S.A., Bergé Marítima, S.L., Estibadora Gallega, S.A., Terminales Marítimas de Vigo, S.L.U. y Pérez Torres Marítima, S.L., por posibles prácticas anticompetitivas. La infracción consistiría en la firma y/o aplicación, por parte de estas entidades, de un pacto extraestatutario firmado en el año 1996, para la regulación de las relaciones laborales en el ámbito de la estiba en el Puerto de Vigo, cuyos ámbitos personal y funcional de aplicación desbordarían el ámbito propio reservado a las labores de estiba portuaria. Las conductas analizadas tienen su origen en la información remitida a la CNMC por parte de la Autoridad Portuaria de Vigo. La CNMC inició una información reservada que permitió detectar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la normativa de competencia y ha acordado la incoación de un expediente sancionador por una presunta infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La incoación de este expediente no prejuzga el resultado final de la investigación. Se abre ahora un periodo máximo de 18 meses para la instrucción del expediente y para su resolución por la CNMC".

[34] Hechos probados, nº. 2. El Acuerdo lo habían firmado ANESCO, CETM, LAB y CIG; UGT, CCOO y ELA/STV se habían negado a firmarlo. Confundiendo afiliación con representatividad, la resolución indica a continuación que "en 2008 LAB tenia 81 estibadores afiliados pertenecientes a los Puertos de Bilbao y Pasajes y la CIG contaba con 36 estibadores afiliados en los puertos de Coruña, Ferrol, Pontevedra Vigo y Vilagarcía de Arousa. CETM, según su página web tiene presencia en 34 de los 37 puertos comerciales del Estado y mayoría absoluta en 31". Para complicar el análisis de personas no familiarizadas con la vida portuaria como era la dirección de investigación de la CNMC, mucho antes de la negociación del acuerdo se habían reunido ANESCO y CETM para consensuar su posición, en el "acuerdo de El Escorial" de 2005 (Hechos probados nº 4).

[35] Hechos probados, nº 4.

carácter vinculante el ingreso de los trabajadores en la plantilla del puerto (OEE o Empresas) en todos y cada uno de los puertos del territorio español "[36].

Resulta significativa para entender los reparos de la CNMC el que la patronal ANESCO solicitara una visita de la dirección de investigación de aquélla a los puertos para que examinara la realidad de la prestación de las actividades portuarias con relación a: (i) graneles; (ii) carga general no contenedorizada; y (iii) terminales de contenedores; prueba que resultaría pertinente -añadía la patronal- para acreditar que en la práctica resulta más operativo y eficiente que la prestación de tareas complementarias corra a cargo de las empresas estibadoras que desarrollan la primera fase de manejo de mercaderías en el marco de los servicios básicos. En concreto, la prueba propuesta revelaría que la división entre las tareas correspondientes al servicio básico y las tareas complementarias resulta imposible en ocasiones, siendo éste el caso, por ejemplo, de las actividades portuarias relativas al manejo de las cargas contenedorizadas. Ello permitiría explicar la razón de que en la práctica sean las empresas estibadoras quienes realizan estas actividades casi en exclusiva[37].

El Consejo de la CNMC termina declarando la existencia de un pacto colusorio de las empresas estibadoras, con la ayuda necesaria de los sindicatos firmantes, para excluir de los puertos a las empresas no estibadoras, por lo que eludiría la doctrina sustentada por el TJE, especialmente en la sentencia Albany, sobre exclusión de los convenios colectivos de las normas sobre competencia entre empresas[38], por más que en otro lugar entienda que el IV Acuerdo no era ni un convenio estatutario ni tampoco un pacto de eficacia limitada[39]. Diversas senten-

[36] Artículo 18.4. e) del IV Convenio. La resolución de la CNMC, Hechos probados nº 10, refleja este artículo. Asimismo el art. 6.3 viene citado al decir que "los nuevos ingresos en la plantilla del puerto de nuevos trabajadores por tiempo indefinido, deberán ser autorizados por la Comisión Paritaria Sectorial creada en el propio Acuerdo" (Hecho probado 9).

[37] Resolución CNMC citada, Antecedentes 10. Sin embargo, Puertos del Estado compareció en el expediente (Antecedentes 13) para indicar que el IV Convenio pretendía aplicarse a todos los puertos comerciales, y no solo a los puertos del Estado (o puertos de interés general), incidiendo así desde otra perspectiva en el planteamiento de la CNMC de convenio *ultra vires*.

[38] Fundamento de Derecho Decimosexto: "En los Fundamentos precedentes ha quedado acreditado que el objeto del IV Acuerdo es cerrar el mercado de los servicios complementarios, mediante la imposición a las empresas no estibadoras y cuya actividad principal sean los servicios complementarios, de las obligaciones pactadas por las empresas de estiba pertenecientes a ANESCO y los sindicatos CETM, CIG y LAB. Y en este cierre de mercado en favor de las empresas estibadoras y en perjuicio del resto de empresas que pudieran competir en el presente o en el futuro en la prestación de servicios complementarios, los sindicatos han actuado como colaboradores necesarios para dicho cierre de mercado". El voto particular que emite el consejero Torremocha y García-Sáenz critica tal consideración de los sindicatos en su apartado III.

[39] La patronal ANESCO no había acreditado adecuadamente su representatividad, pues había remitido a la CNMC actas de solo un 10 por 100 de empresas, además de que en absoluto podía representar a empresas no estibadoras, como recalcaba la Abogacía del Estado en su informe (f.j. 14).

cias de la Audiencia Nacional, y la del TS de 19 de julio de 2012 (R. 4234/2010), rechazaron los recursos presentados contra la resolución de la CNMC y anularon varios artículos del Acuerdo[40].

Años más tarde, en enero de 2014, la Dirección General de Empleo publica el texto de un IV Acuerdo, "con naturaleza de convenio colectivo"[41] y remozado en sus artículos, que había sido suscrito en el verano del año anterior y donde han desaparecido los aspectos más notorios que habían motivado la multa pecuniaria de la CNMC.

No hay conclusión posible en estas líneas provisionales, cuando aún no se ha dictado el Real Decreto sobre ayudas a la regularización y hay pendiente una resolución de la CNMC, mientras el V Acuerdo permanece a la expectativa. Sin embargo, cabe resaltar la enorme cantidad de medios públicos puestos a disposición de la liberalización de los puertos, así como la incógnita sobre el resultado del nuevo estilo de gestión del empleo en ese ámbito donde la imprevisión y la rapidez puntual son tónica dominante, pues no hay hora de llegada de los cargueros al puerto, pero sí hay urgencia para que descargue y, en su caso, vuelva a cargar para levar anclas de inmediato[42]. Que las empresas de trabajo temporal -genéricas o específicamente portuarias- puedan garantizar la estabilidad y especialización deseada por ambas partes colectivas es algo que veremos a lo largo de estos meses venideros. Aspectos como la aplicación del convenio a empresas externas a la actividad de estiba y desestiba, o los altos salarios percibidos por los especialistas, son a mi modo de ver secundarios: es el control del puerto, o si se quiere, de su actividad principal, lo que está en entredicho en esta dura batalla[43],

---

En el f.j. 13 la CNMC enumera las impugnaciones presentadas contra el IV Acuerdo realizadas por Puertos del Estado, sindicatos (UGT y CCOO), empresas (EBHISA, CEPESCA), Autoridades portuarias (Presidentes de Puertos de Galicia, Palma, Cartagena, Cádiz, Gijón, Santander, "y en general todas las autoridades portuarias"), consejero de industria de Cantabria, y Asociación Provincial de empresas frigoríficas de Pontevedra. Toda una galería de críticos, que al desgranar sus quejas reforzaban la intervención de la CNMC.

[40] Las sentencias de la AN y la del TS pertenecen a la Sala de lo Contencioso-Administrativo. La segunda confirma la nulidad dictada por la primera de, entre otros, el largo artículo 19, referido a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal.

[41] Lo afirma el art. 1 del Acuerdo.

[42] Al efecto, ALVAREZ DE LA ROSA M., "El trabajo en la estiba portuaria o la búsqueda del empresario", *cit.,* destaca en p. 13, cómo "la intermitencia en el trabajo de la estiba portuaria fue el origen de su desregulación y, luego, de la presencia del Estado", e insiste en el "carácter coyuntural, intermitente, irregular, del trabajo".

[43] En esa línea se muestra el artículo de ALVAREZ DE LA ROSA M., "El trabajo en la estiba portuaria o la búsqueda del empresario"**,** *cit*., pp. 12 ss. Véase del mismo autor un análisis desde la perspectiva de la jurisprudencia comunitaria en "El trabajo en la estiba portuaria: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13", más arriba citado.

que enfrenta paradójicamente a los poderes públicos con las empresas y sindicatos portuarios en pro de un mayor beneficio para las grandes multinacionales del transporte marítimo. Cabría imaginar un conflicto laboral bautizado como en los casos anglosajones: "El Estado contra las empresas y estibadores portuarios". Pero, siendo menos ingenuos, ha quedado claro que el Estado solo pone -torpemente- los medios; en la sombra quedan otros sujetos poderosos que ponen la imaginación.

MEDIDAS DE APOYO A EMPRENDEDORES: DE 2012 A 2017

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Universidad. Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO:

1. CONTRATO DE APOYO A EMPRENDEDORES.
2. CAMBIOS EN EL TRABAJO AUTÓNOMO INTRODUCIDOS POR LA LEY 6/2017.

Tengo en alta estima, por razones personales y profesionales, a la persona destinataria de este libro. Por lo tanto, agradezco enormemente a sus promotores que me hayan abierto un hueco para sumarme al evento.

La trayectoria del Profesor Francisco Javier Prados de Reyes acredita una larga y fructífera trayectoria de cultivo laboralista combinando la mejor dogmática con una visión práctica o aplicada; propiciando el mestizaje entre investigación y docencia; imbricando Universidad con agentes sociales, Colegios Profesionales o Profesionales externos. Con toda modestia y enorme cariño, las páginas que siguen quieren rendir tributo a ese modo discreto, eficiente y magistral de entender la profesión universitaria en nuestros días.

Ahora se presta atención a un colectivo relativamente reciente en el mundo del laboralismo: el de quienes desarrollan su actividad por cuenta propia. Autónomos o emprendedores han dejado de ser contemplados como meros sujetos de contratos mercantiles, laborales o administrativos y han pasado a observarse como personas que desarrollan (o quieren hacerlo) una actividad también merecida de protección.

Ajustando la exposición a las dimensiones razonables y combinando aspectos muy conocidos con otros recientes, se recuerda el polémico contrato indefinido de apoyo a emprendedores, aunque sin reiterar la polémica doctrinal que años atrás se desarrolló; acto seguido se analiza la reciente Ley sobre medidas urgentes para el trabajo autónomo.

1. CONTRATO DE APOYO A EMPRENDEDORES

1.1. Introducción

La Exposición de Motivos del RDL 3/2012 y de la posterior Ley 3/2012, de Medidas para la Reforma del Mercado Laboral (LRML), identifican un conjunto de factores y de datos[1] que ponen en evidencia la insostenibilidad del modelo

[1] * Expatriación forzosa de jóvenes que abandonen el mercado de trabajo español en busca de oportunidades en el extranjero. Se identifican 3 causas: la incertidumbre generalizada (dificultades, trabas) en el acceso al mercado de trabajo; la reducción (pequeñez, miseria) de los sueldos iniciales y la situación económica general.

* Elevada tasa de paro entre los menores de 25 años, que alcanza casi el 50%.

* Elevado desempleo de larga duración, más elevado que en otros países y con un doble impacto negativo: sobre el colectivo de personas y sobre la productividad agregada de la economía. Según los datos oficiales, la duración media del desempleo en España en 2010 fue, según la OCDE, de 14,8 meses, frente a una media para los países de la OCDE de 9,6 y de 7,4 meses para los integrantes del G7.

* Elevada tasa de temporalidad (25%), mucho más alta que en el resto de Europa (en la UE27 es del 14%).

laboral español (se afirma que los problemas no son coyunturales, sino estructurales). Allí se concluye, una vez más[2], proclamando la necesidad de modificar el régimen jurídico de los contratos, en una triple dirección:

- Actualización (y flexibilización) de los contratos a tiempo parcial[3] y para la formación y el aprendizaje.
- Ampliación de las modalidades contractuales, dando cabida una nueva, dirigida exclusivamente a emprendedores y PYMES.
- Modernización del trabajo a domicilio, que se sustituye por el trabajo "a distancia".

La posterior y vigente Ley 3/2012 contempla, entre las medidas de fomento de la contratación indefinida, un contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores que persigue "facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial". Se dirige a las empresas que tengan menos de 50 trabajadores. Desde su aprobación se viene polemizando sobre la regla conforme a la cual la duración del periodo de prueba "será de un año en todo caso", sin que pueda establecerse cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

1.2. Sujetos del contrato

¿Por qué empresas de menos de 50 trabajadores? En la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 se indica que, según datos del Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística, las empresas de cincuenta o menos trabajadores constituyen el 99,23% de las empresas españolas. Se estima, en consecuencia, que "estas empresas (…) representan a la mayor parte del tejido productivo de nuestro país".

---

* Disminución del número de afiliados al Sistema de Seguridad Social y correlativo aumento del número de desempleados: desde diciembre de 2007 el número de afiliados ha disminuido en casi 2,5 millones (un 12,5%). El gasto medio mensual en prestaciones por desempleo en 2007 fue de 1.280 millones de €, mientras que, en diciembre de 2011, el gasto ascendió a 2.584 millones.

* Aunque se señala en último lugar, no deja de reconocerse la presión ejercida "desde fuera": "una reforma de envergadura (…) continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado nuestra situación, por los mercados internacionales que contemplan la situación de nuestro mercado de trabajo con enorme desasosiego (…)".

[2] Se indica en la Exposición de Motivos que "las reformas laborales realizadas en los últimos años, aún bienintencionadas y orientadas en la buena dirección, han sido reformas fallidas".

[3] Véase Cabeza Pereiro, J.: "Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial", *AS* nº 2/2012 (BIB 2012\658).

Se detecta una pequeña discordancia entre la Exposición de Motivos, que se refiere a las "empresas de cincuenta o menos" y el art. 4 de la LRML, que se aplica a "las empresas que tengan menos de 50 trabajadores", lo cual deja fuera a las que tengan exactamente 50. La regla legal del articulado es la que ha de prevalecer, por lo que los sujetos contratantes sólo pueden ser empresas (incluyendo autónomos, claro) que cuenten (no se indica si en el momento de la contratación, si en el último año) con una plantilla entre 0 y 49 trabajadores)[4].

El trabajador contratado puede serlo cualquiera, aunque se establecen incentivos para determinados grupos de trabajadores, en los términos que se indican más adelante[5].

1.3. Prohibiciones a la contratación

A) Según el art. 4.6 RD-Ley 3/2012 no podía concertar este contrato la empresa que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a un despido colectivo. En ambos supuestos, la limitación afectaba únicamente a las extinciones y despidos producidos con posterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo.

Después de la tramitación parlamentaria de la norma de emergencia, la redacción vigente prohíbe su utilización, ahora más sencillamente, cuando la empresa hubiera adoptado decisiones extintivas improcedentes en los últimos 6 meses (ya no es preciso que se trate de extinciones por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o de despido colectivo), dejando abiertos múltiples interrogantes[6].

---

[4] La plantilla se computa en el momento de la contratación (art. 4.8 LRML), lo cual no evita (como tampoco lo hubiera evitado la aplicación de una fórmula distinta) la adopción de decisiones estratégicas que van desde la descentralización mediante contratas o el acudimiento a ETT con el fin de aligerar la plantilla hasta prácticas de reducción de personal mediante despidos.

[5] Según el SEPE, el número de contratos de apoyo a emprendedores suscrito a lo largo del año 2013, desagregado por meses, es el siguiente: Enero 6.111; Febrero 5.921; Marzo 6.100; Abril 7.121; Mayo 7.220; Junio 6.866; Julio 6.933; Agosto 4.346; Septiembre 7.249; Octubre 8.211; Noviembre 6.989. Tomando como referencia Enero de 2013, los contratos por tiempo indefinido supusieron un 6% de la contratación total, mientras que en Enero de 2012 (cuando no existía la modalidad de apoyo a emprendedores sino el contrato de fomento de la contratación indefinida) no llegaban al 4,5%.

[6] "No podrá concertar el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores a que se refiere el presente artículo, la empresa que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera adoptado decisiones extintivas improcedentes. La limitación afectará únicamente a las extinciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, y para

B) Recalcando la vertiente de fomento del empleo en un escenario de crisis y queriendo contrarrestar las críticas al modelo contractual acogido, la Ley 3/2012 circunscribió su vigencia desde una perspectiva diacrónica. Así, tomando como referencia el mismo parámetro que permite realizar contratos para la formación y aprendizaje con personas de hasta 30 años, la Ley introduce un término final para la vigencia de esta modalidad: podrán realizarse "*hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento*"[7].

1.4. Formalidades y modalidades

A) Desde su introducción en nuestro ordenamiento, mediante la Reforma de 2012, se prescribió que el contrato había de formalizarse por escrito y "según el modelo oficial que se establezca" (art. 4.2 LRML). Sin embargo, el RDL 16/2013 suprimió la referencia al modelo específico para este contrato; desde luego, se mantiene la exigencia de la formalidad escrita.

B) Como su propia denominación indica, el contrato ha de concertarse por tiempo indefinido, sin que se admita lo contrario ni siquiera cuando haya circunstancias estructurales que, al amparo del artículo 15 ET, permitiesen acudir a la temporalidad; debe resaltarse que en una época de fuerte crisis económica se haya apostado por una duración opuesta a la prototípica de tales supuestos, concordando así con la filosofía resumida en el concepto de *flexiguridad*.

C) Quiso el legislador de 2012 que este contrato solo pudiera concertarse a jornada completa. Sin embargo el RDL 16/2013 amplió el ámbito del contrato, suprimiendo la exigencia de que se suscriba siempre a tiempo completo. La posibilidad de celebrarlo a tiempo parcial refuerza su potencial como vía de inserción laboral, aunque hay que reconocer que se pierde una característica que actuaba como una suerte de contrapeso a la inestabilidad inicial de este contrato. La regulación originaria hacía pensar que el legislador era consciente de la inevitable precariedad inicial de un contrato con un año de período de prueba, y por ello impedía que pudiera concertarse a tiempo parcial, que en estos tiempos de escasez de empleo y bajada de salarios es una opción menos atractiva para los trabajadores.

La posibilidad de contratar a tiempo parcial hizo necesario introducir ciertas precisiones: los incentivos fiscales y las bonificaciones se disfrutarán de modo proporcional a la jornada de trabajo pactada en el contrato[8].

---

la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo".

[7] Así lo advierte el apartado 2 de la Disposición Transitoria Novena.

[8] La compatibilidad del salario y la percepción del 25% de la prestación por desempleo queda circunscrita exclusivamente a los contratos a tiempo completo, señalándose que en los contratos a

1.5. Contenido. El período de prueba

A) En general, los derechos y obligaciones de este contrato son los comunes establecidos en el ET y en los convenios que resulten de aplicación, sin minoración, a excepción del período de prueba.

B) Cuestión tan crucial como polémica de este contrato es que la Ley precisa que se establece un período de prueba "que será de un año en todo caso"; esta locución parece querer significar que la voluntad de las partes plasmada en convenio colectivo o en contrato no puede afectar a su duración, con lo que la *voluntas auctoritatis* parece ser contraria a que se trate de una cuestión susceptible de transacción, quizá en el ánimo de que se mantenga –nuevamente, en todo caso- el principal incentivo que tiene este contrato.

La doctrina mayoritaria tiende a pensar que es un importante estímulo para la contratación –en la medida en que facilita y anula el coste del despido- pero también resulta excesivo y, sin duda, desproporcionado en la mayoría de los casos atendiendo a su naturaleza y finalidad, que –no se olvide- no es otra que conocer el modo de trabajar, su aptitud profesional y grado de adaptación al trabajo y a la organización.

Aunque la legalidad de la previsión era indudable (no puede haber *lex contra legem*) alberga, sin embargo, alguna dosis de inconstitucionalidad de baja intensidad (arts. 35 y 38 CE) que, sin embargo, no se ha traducido en una reconsideración a la baja de su duración en el trámite parlamentario. Recuérdese a efectos meramente informativos que la STS de 20 de julio de 2011 declaró inaplicable por abusivo el período de prueba de un año establecido en el convenio en el caso de la extinción durante el mismo del contrato de un trabajador no cualificado.

C) La única excepción posible (introducida en la LRML y de todo punto lógica) al período de prueba es el desempeño por el trabajador de "las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación". Por su lado, la doctrina judicial tiende a admitir la validez del período de solo en la medida en que respete los topes establecidos por el convenio o no sobrepase los genéricos del ET[9].

D) Reiterando y ampliando lo que ya dijera la STC 119/2014, de 16 de julio, la STC 8/2015 de 22 enero ha entendido que esta figura respeta el derecho a la

tiempo parcial se aplican las disposiciones generales de la LGSS sobre compatibilidad de trabajo con prestaciones o subsidios de desempleo.

[9] Por todas, STSJ Cataluña 4013/2013, de 6 de junio.

negociación colectiva, a la no discriminación o a la tutela judicial pues engarza con las políticas de pleno empleo, permite comprobar la viabilidad económica del concreto puesto de trabajo y está sujeto a diversas restricciones:

- Se quiere incentivar la creación de empleo.
- No solo permite comprobar la capacitación y aptitud del trabajador contratado sino también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado.
- El contrato solo puede utilizarse por empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores y mientras la tasa de desempleo no se sitúe por debajo del 15 por ciento.
- Para disfrutar los incentivos vinculados a este tipo de contrato, el empresario no podrá alterar el nivel de empleo en la empresa durante un año y deberá mantener en su puesto al trabajador durante al menos tres años más.

Estas consideraciones llevan al Tribunal a concluir que la previsión cuestionada constituye una medida legislativa coyuntural adoptada en un contexto de grave crisis económica con una elevada tasa de desempleo; atiende a la legítima finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como medio para facilitar el empleo estable, lo que conecta con el deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE). En suma: la duración de un año que la Ley asigna al periodo de prueba es compatible con la Ley Fundamental.

E) Hay que aludir asimismo a la STJUE de 5 de febrero de 2015 (C117/14).- El Juzgado de lo Social 23 de Madrid conoce de la demanda presentada por una ciudadana boliviana que trabajó para una empresa de hostelería durante cinco meses y fue cesada por no haber superado el periodo de prueba. El Juzgado consulta sobre la compatibilidad entre la regla en cuestión y el Derecho Comunitario y la respuesta es la siguiente:

- Es cierto que la Carta Europea de Derechos Fundamentales proclama que todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales (art. 30). Pero los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, no fuera de ellas; y respecto del periodo de prueba nada dice tal ordenamiento.
- La Directiva 1999/70/CE, sobre contratos de duración determinada, solo se aplica a los que puedan considerarse como tales y el de emprendedores posee duración indefinida, por lo que no puede calificarse como contrato de duración determinada y queda fuera del ámbito de aplicación de la norma.
- El artículo 151 TFUE, que expone los objetivos de la Unión y de los Estados miembros en materia de política social, no impone ninguna obligación con-

creta por lo que respecta a los períodos de prueba en los contratos de trabajo.
- Aunque la protección de los trabajadores en caso de resolución del contrato de trabajo sea uno de los medios que permiten alcanzar los objetivos fijados por el artículo 151 TFUE y el legislador de la UE tenga atribuidas competencias en este ámbito, quedan al margen del Derecho de la Unión las situaciones que no han sido objeto de medidas adoptadas con fundamento en esos artículos.
- El Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse en materia de interpretación de normas de Derecho internacional que vinculan a los Estados miembros pero que están excluidas de la esfera del Derecho de la Unión.

A la vista de todo ello, la sentencia concluye que el Tribunal carece de competencia para responder a las cuestiones planteadas.

F) Cierta doctrina viene entendiendo que la figura también vulnera el Convenio nº 158 de la OIT (1982) y la Carta Social Europea (1961), por lo que en ocasiones concede primacía a tales instrumentos y posterga la aplicación de la regla sobre duración de doce meses. Siendo claro que esa opción interpretativa puede seguir manteniéndose, también parece claro que las dudas de constitucionalidad y de ajuste al Derecho Comunitario ya han quedado despejadas.

2. CAMBIOS EN EL TRABAJO AUTÓNOMO INTRODUCIDOS POR LA LEY 6/2017

2.1. Descripción de la norma

A) El BOE de 25 de octubre de 2017 (nº 257) publica la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo (LRUTA). Basta examinar su propia rúbrica para comprobar lo siguiente:

- Estamos ante una de las escasas Leyes de contenido sociolaboral de la presente legislatura, lo que ayuda a atraer la atención sobre ella.
- Pese a que sus previsiones aparecen calificadas como *urgentes* no se ha optado por la previa promulgación de un Real Decreto-Ley.
- No se aspira a una innovación de alcance, sino a la mejora de lo preexistente, a su *reforma.* Por tanto, con independencia de que estemos ante meros retoques o ante reales innovaciones, en casi todo momento se opera sobre normas o instituciones previas.
- El objeto material sobre el que se legisla aparece nucleado alrededor del "*Trabajo Autónomo*".

B) La Ley cuenta con un Preámbulo y ocupa veintisiete páginas del periódico oficial. Se estructura del siguiente modo:

- Ocho Títulos cuyo contenido se vuelca en catorce artículos.
- Siete disposiciones adicionales.
- Una disposición derogatoria.
- Trece disposiciones finales.

C) La inmensa mayoría de su contenido *se disuelve* en el conjunto del ordenamiento, al incorporarse al articulado de normas preexistentes. Eso quiere decir que no estamos ante un cuerpo normativo que vaya a pervivir como un hito específico, sino que va a ser conocido por referencia a los cambios introducidos en aquéllos. Y la verdad es que cuando no se actúa de ese modo tampoco aparecen argumentos que justifiquen que la LRUTA perviva con esas pocas previsiones que no son cobijadas por otros textos.

2.2. Normas derogadas y normas modificadas

A) Como es lógico, y sin que resulte necesario previsión alguna al efecto, la Ley deja sin efecto "cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto" en ella[10].

B) De forma expresa quedan derogados diversos preceptos reglamentarios referidos a cuestiones que han sido innovadas[11]. Así sucede con los artículos 24, 25 y 26 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos[12]. Los preceptos van referidos, sucesivamente a tres cuestiones atinentes a la cotización en el RETA:

- Elección de base (art. 24).
- Límite a la elección (art. 25).
- Cambios posteriores de base (art. 26).

C) Asimismo se deroga la disposición adicional decimotercera de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, sobre anunciada equiparación entre cónyuge y pareja estable porque se introduce ahora lo previsto

[10] Apartado 1 de la Disposición Derogatoria única.

[11] Se introduce la posibilidad de hasta cuatro cambios de bases de cotización durante un único ejercicio y se permite también alterar la base de cotización con mayor flexibilidad que antes.

[12] Con arreglo al apartado 2 de la Disposición Derogatoria única de la Ley, esta pérdida de vigencia surte efectos desde 1 de enero de 2018).

en ella[13], en concreto especificando qué debe entenderse a sus efectos por pareja de hecho.

D) La modificación de contenidos se dirige, de forma explícita hacia las siguientes normas legales:

- Ley de Infracciones y Sanciones de orden social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto (LISOS).
- Ley 35/2006, de 28 noviembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRP).
- Ley 20/2007, de 11 julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA).
- Ley 47/2015, de 21 octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadores del sector marítimo-pequero.
- Ley General de la Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre (LGSS).

E) Asimismo, en el texto de la Ley se realiza un ajuste de previsiones reglamentarias, siendo expresamente modificadas las siguientes:

- Reglamento general de Recaudación, aprobado mediante Real Decreto 1415/2004, de 11 junio (RGR).
- Reglamento general sobre cotización y liquidación, aprobado mediante Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre (RGCL).
- Reglamento general de inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, aprobado mediante Real Decreto 84/1996, de 26 enero (RGIA).
- Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales.

A fin de evitar la congelación de rango (lo que exigiría una Ley o norma equiparable para cada modificación), se adopta la precaución de mantener el carácter reglamentario de los cambios operados sobre Reglamentos de Seguridad Social[14].

[13] La derogación aparece en el apartado Dos de la Disposición Final Décima de la Ley 6/2017. El precepto derogado disponía que "Las referencias al cónyuge del trabajador autónomo y del titular de la explotación agraria previstas en los artículos 35 y 37 de esta ley se entenderán también realizadas a la persona ligada de forma estable con aquel por una relación de afectividad análoga a la conyugal una vez que se regule, en el ámbito del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social y de los Regímenes que conforman el mismo, el alcance del encuadramiento de la pareja de hecho del trabajador autónomo y del titular de la explotación agraria".

[14] Conforme a la Disposición final undécima de la Ley 6/2017, "lo establecido en las disposiciones finales primera, segunda y tercera tendrá rango de real decreto y podrá ser modificado mediante norma de igual rango".

2.3. Presupuestos y fines de la norma

Sin necesidad de aportar estadísticas o cuadros económicos, la norma examinada recuerda unas premisas fácilmente compartibles:

- Importancia cuantitativa del trabajo autónomo.
- Afectación de la crisis a este tipo de actividad.
- Importante capacidad de recuperación y enorme potencial en cuanto a generación de empleo.
- Hay que mejorar las posibilidades de supervivencia de la actividad emprendedora y su fortalecimiento.
- Hay que introducir nuevas medidas de apoyo a todo lo que significa la actividad emprendedora, planteando nuevas metas.

En concordancia con esas apreciaciones y tendencias, aparecen los siguientes fines principales de la Ley (relevantes a la hora de resolver dudas interpretativas):

- Facilitar y mejorar la cotización y reducir cargas administrativas
- Fomentar y promover el trabajo autónomo
- Facilitar la conciliación de vida familiar y laboral
- Mejorar los derechos colectivos
- Clarificar la fiscalidad
- Mejorar la formación profesional para el empleo
- Equiparar a los autónomos con otros colectivos de trabajadores

2.4. Ámbito temporal

En función de la materia disciplinada se ha optado por diferenciar distintos momentos de entrada en vigor[15].

Regla principal.- Con carácter general, la Ley está vigente desde el jueves 27 de octubre ("*el día siguiente al de su publicación*").

Vigencia desde 1 de enero de 2018.- Las previsiones sobre recargos por ingreso fuera de plazo, (artículo 1), cuota reducida para los autónomos que emprendan o reemprendan una actividad (artículo 3), beneficios para colectivos débiles (artículo 4º), modificaciones en los Reglamentos de Seguridad Social (disposiciones finales primera, segunda y tercera) así como en materia de infracciones y sanciones administrativas (disposición final novena) entran en vigor el día 1 de enero de 2018.

[15] La Disposición final decimotercera de la Ley 6/2017 disciplina su "*Entrada en vigor*".

Vigencia desde 1 de marzo de 2018.- La regulación referida a base reguladora de las prestaciones económicas por maternidad y paternidad de los trabajadores por cuenta propia (disposición final cuarta) entra en vigor "*el día primero del segundo mes natural siguiente a la entrada en vigor de la disposición final segunda*".

Transitoriedades.- Pese a que varias instituciones suscitan dudas acerca del modo en que la Ley deba opera respecto de situaciones preexistentes, no incorpora disposiciones específicamente encargadas de regular la transición entre bloques normativos.

2.5. Desarrollo normativo y modernización

La DF 12ª de la Ley 6/2017 habilita al Gobierno para dictar cuantas disposiciones reglamentarias sean precisas para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en ella.

Asimismo se faculta a la Ministra del ramo para extender a los autónomos el Sistema de remisión electrónica de datos de la Seguridad Social, mediante la reforma de la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo.

2.6. Importante presupuesto: concepto de trabajo autónomo

A) Recordemos que, conforme al artículo 1.1 de la LETA, sus previsioens se aplican a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Dentro de su ámbito aplicativo aparecen expresamente mencionados los siguientes colectivos:

- Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias.
- Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común.
- Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla.
- Los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

B) La actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial, según el artículo 1.1 LETA prescribe. El artículo 25.4 LETA dispone que considerando los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera, "*la ley podrá establecer un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos, para determinadas actividades o colectivos y durante determinados periodos de su vida laboral",* sin que hasta la fecha ello haya tenido lugar.

Progresando en esa línea, ahora la DA 5ª de la Ley 6/2017 establece una difusa obligación de que se materialice esa posibilidad:

- *En el ámbito de la Subcomisión del "Pacto de Toledo".*
- *Oídos los representantes de los trabajadores autónomos.*
- *Se determinará "los diferentes elementos que hagan posible la implantación"*
- *Hay que aprobar luego "el oportuno desarrollo reglamentario".*

2.7. Derechos colectivos

El Título IV de la Ley 6/2017 se ocupa de los "Derechos colectivos del trabajador autónomo" y está integrado por los artículo 8, 9 y 10.

A) Asociaciones representativas

A) El primer cambio que se introduce es un mero ajuste técnico. Concretamente, en el art. 19.3 LETA, que venía reconociendo a "las asociaciones representativas de trabajadores autónomos" las "facultades establecidas en el artículo 21.5 de la presente Ley". Pero lo cierto es que ese apartado no existe puesto que el artículo remitido solo cuenta con cuatro aperturas; en consecuencia, ahora se introduce la remisión correcta al artículo 21.3 LETA[16], cuyo tenor permanece intacto y es el siguiente:

Las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos intersectoriales a nivel estatal y, además, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, gozarán de una posición jurídica singular, que les otorga capacidad jurídica para actuar en representación de los trabajadores autónomos a todos los niveles territoriales con las siguientes funciones:

a) Ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal o de comunidad autónoma que la tengan prevista.

[16] De ello se ocupa el artículo 8º de la LRUTA.

b) Ser consultadas cuando las Administraciones Públicas diseñen las políticas públicas que incidan sobre el trabajo autónomo.

c) Colaborar en el diseño de programas públicos dirigidos a los trabajadores autónomos en los términos previstos legalmente.

d) Cualquier otra función que se establezca legal o reglamentariamente.

B) El segundo cambio refiere al estatuto de las asociaciones de autónomos, contemplado en el art. 20.4 LETA. Hasta ahora el precepto disponía que las asociaciones representativas de autónomos "podrán ser declaradas" de utilidad pública conforme a los arts. 32 a 36 de LO 1/2002. Tras su nueva redacción[17]:

- La condición atribuida se predica no solo de "las asociaciones" sino también de las "confederaciones, uniones y federaciones de trabajadores autónomos de carácter intersectorial".
- El requisito es "que hayan acreditado ser representativas y con mayor implantación, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, en los términos establecidos en el artículo 21 de la presente Ley"[18].
- La consecuencia es que "serán declaradas de utilidad pública conforme a lo previsto en los artículos 32 a 36 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación".

B) Participación en el Consejo Económico y Social

A fin de propiciar la participación de las organizaciones intersectoriales representativas del trabajo autónomo en el Consejo Económico y Social se mandata al Gobierno para que, en el plazo de un año, en el marco del diálogo social y conforme a la normativa del Consejo Económico y Social, adopte las medidas pertinentes.

Lo que hace la Disposición Adicional Primera de la Ley 6/2017 es fijar tal plazo para "dar cumplimiento a la Disposición adicional octava de la Ley 20/2007"[19].

---

[17] Derivada de lo previsto en el artículo 9º de la Ley 6/2017.

[18] La norma invocada atiende al número de trabajadores autónomos afiliados a la asociación, así como la dimensión de su estructura, reflejada en los recursos humanos contratados por la asociación y su implantación en el territorio.

Será necesario acreditar un nivel de afiliación de los cotizantes al Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en los términos que reglamentariamente se determinen, y disponer de sedes y recursos humanos en, al menos, tres comunidades autónomas, todo ello en el año natural anterior al de la solicitud de la acreditación

[19] A su vez, la citada DA 8ª establece que el Gobierno (sin sujeción a plazo concreto) *planteará la presencia de los trabajadores autónomos en el Consejo Económico y Social teniendo en cuenta:*

1. La evolución del Consejo del Trabajo Autónomo en la representación de los mismos.

2. El informe preceptivo del Consejo Económico y Social sobre la composición del mismo que deberá realizar para ello en el menor plazo de tiempo posible.

C) Consejo del Trabajo Autónomo y Consejos Autonómicos

A) El artículo 22 LETA viene regulando el *Consejo del Trabajo Autónomo* como órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y profesional del trabajo autónomo. Ahora se produce un doble ajuste en su régimen jurídico, a fin de potenciar su coordinación con los órganos similares que puedan existir a nivel autonómico[20].

Recordemos que las Comunidades Autónomas podrán constituir, en su ámbito territorial, Consejos Consultivos en materia socioeconómica y profesional del trabajo autónomo, regulando su composición y funcionamiento[21].

B) A la previa composición del referido Consejo[22] se añade ahora que también estarán representados los Consejos del Trabajo Autónomo de ámbito autonómico.

C) En concordancia con lo recién expuesto, se clarifica el modo en que el correspondiente Consejo Autonómico puede acceder al estatal: deberá solicitar su participación en el mismo y designará un representante, que en cualquier caso corresponderá a la asociación de autónomos con mayor representación en la Comunidad.

D) Constitución del Consejo del Trabajo Autónomo

La DA segunda de la Ley 6/2017 concede al Gobierno el plazo de un año a fin de que proceda a la constitución efectiva y puesta en funcionamiento del Consejo del Trabajo Autónomo"[23].

E) Criterios de representatividad

La DA segunda de la Ley 6/2017 otorga al Gobierno un plazo de seis meses a fin de desarrollar los criterios objetivos de representatividad de las organizaciones profesionales de trabajadores autónomos.

---

[20] De ello se ha encargado el artículo 10º LRUTA.

[21] En esos términos, art. 22.7 LETA.

[22] Con arreglo al art. 22.3 LETA, está compuesto por representantes de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos representativas cuyo ámbito de actuación sea intersectorial y estatal, por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la asociación de Entidades Locales más representativa en el ámbito estatal.

[23] El órgano está regulado en el artículo 22 LETA. También debe tenerse en cuenta que mediante Real Decreto 1613/2010,de 7 de diciembre, se crea y regula el Consejo de la representatividad de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos en el ámbito estatal y se establece la composición y régimen de funcionamiento y organización del Consejo del Trabajo Autónomo.

F) Depósito de Estatutos Sociales

La DF 7ª de la Ley 7/2016 da nueva redacción al art. 1 del Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales[24].

El cambio se justifica por la supresión del párrafo conforme al cual "queda excluido del ámbito de aplicación del presente real decreto el depósito de los estatutos de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, que se regirá por su legislación específica".

G) Participación en Prevención de Riesgos

La Disposición Adicional 12ª de la LETA viene ocupándose de la "Participación de trabajadores autónomos en programas de formación e información de prevención de riesgos laborales". Ahora la DF 8ª de la Ley 6/2017 ha introducido algunos cambios.

De este modo, respetando los criterios de proporcionalidad y asegurando la presencia de los distintos grupos de representación de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, las asociaciones intersectoriales de trabajadores autónomos, tanto de nivel estatal como autonómico, podrán participar, con voz y sin voto, en los grupos correspondientes creados en el seno de dicha Comisión cuando se aborden las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos, en los supuestos de planificación, programación, organización y control de la gestión relacionada con la mejora de las condiciones de trabajo y la protección de la seguridad y salud de los trabajadores autónomos

2.8. Formación Profesional

El título VII de la Ley 6/2017 contiene medidas para mejorar la formación profesional para el empleo de los trabajadores autónomos y solo está integrado por un artículo 13, que no se incorpora a otro cuerpo legislativo[25].

En concreto, lo que se contiene es una norma instrumental sobre "oferta formativa de los trabajadores autónomos", Conforme a ella las organizaciones intersectoriales representativas de autónomos y de la economía social participa-

[24] Dispone que "este real decreto tiene por objeto regular el depósito de los estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales, entre cuyos fines estén incluidos los propiamente laborales que las identifican, así como de los demás actos incluidos en su ámbito de aplicación, gestionado por medios electrónicos".

[25] Sorprende que no se traslade el contenido a la LETA o a la Ley 30/2015.

rán en la detección de necesidades, diseño, programación y difusión de la oferta formativa para trabajadores autónomos.

Recordemos que la Ley 30/2015 de 9 de septiembre, regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral. Por tanto, las actividades descritas se financiarán del modo y con las limitaciones establecidas en la citada norma. También allí es donde se regula el modo en que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social debe desarrollar la función de prospección y detección de necesidades formativas del sistema productivo, para proporcionar respuestas efectivas a las necesidades de formación y recualificación del mercado laboral, y para anticiparse a los cambios y responder a la demanda que se pueda producir de mano de obra cualificada, contribuyendo así al desarrollo profesional y personal de los trabajadores y a la competitividad de las empresas[26].

2.9. Conciliación de la vida profesional y familiar

El Título III de la Ley 6/2017 se rubrica como "medidas para favorecer la conciliación entre la vida familiar y laboral de los trabajadores autónomos". Está integrado por tres artículos (5 a 7), que contemplan otras tantas medidas.

A) Contratación de una persona asalariada

A) El artículo 30 LETA regula la bonificación a trabajadores incluidos en el RETA por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación[27]. Los importantes beneficios que describe se supeditan a que el autónomo contrate a una persona (y la mantenga al menos durante seis meses) a fin de que desempeñe la misma tarea que el titular de la actividad.

Se disfruta de una bonificación del 100% de la cuota de autónomos por contingencias comunes. Se calcula aplicando a la base media que tuviera el

[26] Conforme a su artículo 4.2, la realización de la citada función comprenderá, al menos, las siguientes actividades:

a) El desarrollo de una metodología y herramienta de análisis prospectivo, en las que se definan procedimientos estructurados para su desarrollo y la difusión y traslación de sus resultados a la programación de la oferta formativa.

b) La potenciación de las iniciativas de detección de necesidades mediante la coordinación de los distintos agentes que pueden aportar al proceso, en particular, las estructuras paritarias sectoriales, favoreciendo un marco de intercambio de información y puesta en común de conocimientos.

c) La identificación de las carencias y necesidades formativas concretas de los trabajadores, a partir de un análisis de su perfil profesional, de forma que puedan adquirir las competencias necesarias para evitar los desajustes con los requerimientos de cualificaciones del sistema productivo.

[27] La rúbrica alude ahora a "*a los trabajadores por cuenta propia" en lugar de* **"**trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos".

trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento

B) Los supuestos que dan lugar a esa bonificación (cuidado de menor a cargo, familiar en situación de dependencia, familiar con discapacidad) permanecen en sus términos precedentes salvo en un importante detalle: ahora es posible activar este beneficio "por cuidado de menores de doce años que tengan a su cargo", elevándose la edad precedente de los siete años.

C) En concordancia con tal cambio respecto de la edad del menor cuyo cuidado puede desencadenar el beneficio, ahora se ajusta y replica la regla precedente del artículo 30.3 LETA: si el menor que dio lugar a la bonificación cumple *doce* años con anterioridad a la finalización del disfrute de la bonificación, esta se podrá mantener hasta alcanzar el periodo máximo de 12 meses previsto, siempre que se cumplan el resto de condiciones[28].

D) Los beneficios descritos respecto de las tres situaciones protegidas se aplican, con iguales condiciones, a los trabajadores por cuenta propia que queden incluidos en el grupo primero de cotización del RETMar[29].

B) M/Paternidad, adopción o similar, riesgos

El artículo 38 LETA viene regulando la bonificación de cuotas durante determinadas situaciones caracterizadas por coincidir con acontecimientos familiares y prescribiendo que el beneficio rige mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto. Ahora el cambio operado es importante[30]:

A) No solo existe la protección durante los períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, sino que se añaden dos nuevos supuestos: la paternidad y la guarda con fines de adopción.

---

[28] Cambios introducidos por el artículo 5º de la Ley 5/2017.

[29] La Ley 47/2015, de 21 de octubre, regula la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero. Conforme a su artículo 10.1.a, en el grupo primero de cotización se encuentran

1.º Las personas trabajadoras por cuenta ajena o asimiladas retribuidas a salario que realicen alguna de las actividades enumeradas en el artículo 3.

2.º Las personas trabajadoras por cuenta propia que realicen alguna de las actividades enumeradas en el artículo 4 salvo que proceda su inclusión en otro grupo.

3.º Las personas trabajadoras por cuenta ajena o asimiladas y las personas trabajadoras por cuenta propia o armadores, retribuidos a la parte, que ejerzan su actividad pesquera a bordo de embarcaciones de más de 150 toneladas de registro bruto (TRB).

[30] En concreto, lo hace el art. 6º de la LRUTA.

B) En todo caso es necesario que este periodo tenga una duración de al menos un mes.
C) El beneficio se mantiene en sus propios términos (bonificación del 100% de la cuota obtenida aplicando a la base media de los doce meses[31] el tipo de cotización correspondiente).
D) La bonificación ya no se supedita a la contratación de una persona en régimen laboral[32].
E) Si se produce la contratación de una persona, el beneficio de referencia es compatible con el aplicable al contrato de la persona asalariada que sustituya a la titular[33].

C) Autónomas reincorporadas

El nuevo art. 38.bis LETA regula bonificaciones a las trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos[34].

Presupuesto 1º.- El beneficio contemplado posee un elemental presupuesto o requisito: que la trabajadora autónoma haya cesado su actividad como consecuencia de maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela, en los términos legalmente establecidos.

Presupuesto 2º.- Las trabajadoras autónomas en cuestión deben volver "*a realizar una actividad por cuenta propia en los dos años siguientes a la fecha del cese"*[35].

---

[31] En el caso de que el trabajador lleve menos de 12 meses de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o como trabajador por cuenta propia incluido en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta.

[32] La Ley omite esta exigencia, aunque la lógica de la figura podría pensar que no cabe atender las situaciones protegidas (lucrando prestaciones de Seguridad Social, en su caso) sin que haya una persona que realice las tareas vacantes. Pero lo cierto es que ni se exige, ni hay por qué imponer al autónomo decisiones acerca de cómo afrontar empresarialmente estos acontecimientos.

[33] La compatibilidad se afirma respecto de lo establecido en el Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento. Conforme a su artículo 1º.c, se bonifica el 100% de las cuotas empresariales (tanto comunes como profesionales) y aportaciones de recaudación conjunta en "*los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores autónomos, socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, en los supuestos de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento o suspensión por paternidad*".

[34] Su introducción la realiza el artículo 7º de la Ley 6/2015.

[35] La actividad productiva puede ser la misma que precedentemente se paralizó o una distinta.

Los desafortunados términos de la redacción permiten entender que la reincorporación debe

Bonificación general.- su cuota por contingencias comunes (incluyendo la IT) se fija en 50 € mensuales durante los primeros 12 meses si optan por cotizar por la base mínima.

Bonificación especial.- bonificación en cuota por contingencias comunes (incluso IT) equivalente al 80% de la cuota mínima, durante los primeros 12 meses[36] si es que se opta por cotizar con arreglo a una base superior.

D) Prestaciones por maternidad y paternidad

La DF 4ª de la Ley 6/2017 ("Base reguladora de las prestaciones económicas por maternidad y paternidad de los trabajadores por cuenta propia") da nueva redacción al artículo 318.a) LGSS, en la que sigue viéndose la aproximación al régimen aplicable a los asalariados.

- Las prestaciones económicas por maternidad y por paternidad consistirán en un subsidio equivalente al 100% de una base reguladora cuya cuantía diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas a este régimen especial durante los seis meses inmediatamente anteriores al del hecho causante entre ciento ochenta.

- De no haber permanecido en alta en el régimen especial durante la totalidad del referido período de seis meses, la base reguladora será el resultado de dividir las bases de cotización al régimen especial acreditadas en los seis meses inmediatamente anteriores al del hecho causante entre los días en que el trabajador haya estado en alta en dicho régimen dentro de ese período.
- Los períodos durante los que el trabajador por cuenta propia tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y paternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, pudiendo dar comienzo el abono del subsidio por paternidad a partir del momento del nacimiento del hijo. Los trabajadores de este régimen especial podrán igualmente percibir los subsidios por maternidad y paternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.

---

ser antes de que transcurran los dos años o justamente lo contrario (después de ello); la teleología de la norma (evitar el apartamiento del mundo productivo) aconseja la primera posibilidad.

[36] La redacción es cabalística ("bonificación del 80 por ciento sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a bonificar la resultante de aplicar a la base mínima de cotización establecida con carácter general en el correspondiente régimen especial el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento") y puede dar lugar a interpretaciones varias.

E) Encuadramiento de familiares

A) La DA 10ª de la LETA viene ocupándose del "Encuadramiento en la Seguridad Social de los familiares del trabajador autónomo", pero ha pasado a centrarse en el "encuadramiento de hijos con discapacidad del trabajador autónomo" como consecuencia de los cambios operados por la DF 6ª de la Ley 6/2017.

B) Los autónomos pueden contratar a los hijos menores de 30 años, aun convivientes (sin desempleo[37]) o a los mayores de esa edad con especiales dificultades para su inserción laboral[38].

C) Para concordar esos cambios con las correspondientes previsiones, se ha retocado el artículo 12.2 LGSS.

F) Familiares colaboradores

El artículo 35 LETA viene ocupándose de las bonificaciones por altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos. Ahora la DF 10ª de la Ley 6/2017 introduce cambios para incorporar a las parejas de hecho. El régimen resultante es el que sigue:

- Sujetos contemplados: cónyuge, pareja de hecho y familiares de trabajadores autónomos por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.
- Requisito: que se incorporen al RETA sin haber estado de alta en el mismo en los cinco años precedentes.
- Función: colaborar con el titular.
- Bonificación: bonificación durante los 24 meses siguientes a la fecha de efectos del alta, equivalente al 50 por ciento durante los primeros 18 meses y al 25 por ciento durante los 6 meses siguientes, de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo correspondiente de cotización vigente en cada momento.

A estos efectos se considera pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para

[37] En esta censurable exclusión, sin duda, anida la idea de que realmente no hay relación laboral sino otro tipo de vinculación.

[38] Eso se predica de: a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento. b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento e inferior al 65 por ciento, siempre que causen alta por primera vez en el sistema de la Seguridad Social. c) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.

contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja[39].

2.10. Medidas de fomento y promoción

El Título II de la Ley 6/2017 viene rubricado como "Medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo". Está integrado por los artículos 3 y 4; en ellos se establece la ampliación de la cuota reducida de 50 euros -la denominada «tarifa plana»- para los nuevos autónomos hasta los doce meses, en lugar de los seis actuales, lo que se contempla de forma coordinada con otros beneficios ya existentes.

A) Fomento del Trabajo Autónomo

El artículo 31 LETA alberga reducciones y bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social de los autónomos[40]. La llamada *tarifa plana* o cuota única de 50 euros pretende facilitar el acceso al emprendimiento o la reanudación tras un paréntesis prolongado[41]. Veamos las novedades de tan importante y popular figura.

A) Acceden al beneficio los autónomos que causen alta inicial o que no hubieran estado en situación de alta en los dos años inmediatamente anteriores (frente a los cinco que se pedían)[42].

---

[39] La coincidencia con el concepto acogido a efectos de pensiones de viudedad por el art. 221.2 LGSS es evidente.

[40] Las bonificaciones de cuotas previstas en este artículo se financiarán con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal y las reducciones de cuotas se soportarán por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social, respectivamente.

[41] Estos beneficios se disfrutan aunque los titulares, una vez iniciada su actividad, empleen a trabajadores por cuenta ajena.

Se justifican por la conveniencia de ayudar a los trabajadores autónomos en los primeros momentos de puesta en marcha de la actividad emprendedora, que suelen ser los más difíciles, es necesario reforzar los beneficios en materia de cotización

[42] No parece que conserven el beneficio quienes cursen diversas bajas y altas; la norma presupone que el disfrute del beneficio comporta el alta (y cotización) ininterrumpidas. Si hay baja estamos ya ante el paréntesis y éste ha de prolongarse al menos dos años.

Cosa distinta es que fuera conveniente contemplar (incluso reglamentariamente) la figura del autónomo "discontinuo" y considerar que sus periodos de inactividad son distintos a los derivados de una baja ordinaria.

B) La reducción en la cotización por contingencias comunes (incluso la IT) se prolonga durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta (frente a los seis precedentes)[43].

C) Si cotizan por la base mínima que les corresponda la cuota es de 50 euros mensuales.

D) Si optan por una base mayor se reduce la cuota en el importe equivalente al 80% de la cuota mínima.

E) Transcurridos los doce meses de referencia surgen beneficios durante otro periodo similar[44]

F) Cuando se trata de varones menores de 30 años o mujeres menores de 35, además de los beneficios expuestos surge (acto seguido) una bonificación, que dura doce meses, del 30% de la cuota mínima por contingencias comunes.

G) Si se han disfrutado estos beneficios y se cesa en la actividad productiva, el reemprendimiento solo puede incentivarse transcurridos al menos tres años en situación de baja.

B) Fomento del trabajo autónomo para colectivos vulnerables

El art. 32.1 LETA viene contemplando reducciones y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social para las personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo que se establezcan como trabajadores por cuenta propia.

Lo que hace el artículo 4º de la Ley 6/2017 es reducir desde los cinco a los dos años el plazo para reemprender y disponer que el período de baja para obtener los beneficios de cotización en caso de reemprendimiento (tras haberlos disfrutado) debe ser de tres años.

Se trata de una regulación paralela a la general, expuesta en el apartado precedente.

[43] Tanto en este beneficio como en el alternativo, cuando la fecha de efectos de las altas no coincidiera con el día primero del respectivo mes natural, el beneficio correspondiente a dicho mes se aplicará de forma proporcional al número de días de alta en el mismo.

[44] Estos beneficios permanecen inalterados: reducción del 50% de la cuota durante los 6 meses siguientes; reducción del 30% durante tres meses; bonificación del 30% otros tres meses.

C) Contratación de familiares

La DA 7ª de la Ley 6/2017 ("Bonificación por la contratación de familiares del trabajador autónomo") contempla una bonificación importante (100% de la cuota por contingencias comunes y durante doce meses) si el trabajador autónomo contrata en régimen laboral (con duración indefinida) al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive.

Se establecen las habituales exigencias sobre ausencia de reducción de plantilla en los doce meses precedentes y obligación de mantener el nivel de empleo durante seis meses.

Las previsiones generales de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, son aplicables en múltiples aspectos.

D) Compatibilidad con jubilación

A) El artículo 214 LGSS ("Pensión de jubilación y envejecimiento activo") viene disponiendo en su apartado 2 que la cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50% del importe resultante en el reconocimiento inicial, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista.

B) Ahora, con claro fin promocional del empleo, se establece (DF 5ª de la Ley 6/2017) que la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100% si se cumplen dos condiciones[45]:

- Que la actividad productiva se realice por cuenta propia[46].
- Que se tenga contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena[47].

C) De manera algo imprecisa, se añade a la LGSS una Disposición final sexta bis ("Ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena") para que se aplique en el futuro al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad ahora establecido.

[45] Se echa de menos una indicación de qué sucede con quienes ya disfrutan de la jubilación activa y cumplen los requisitos para acceder al cobro del 100%. La ausencia de restricciones, la lógica y el fin de la norma inclinan a considerar que también pueden acceder al nuevo régimen,

[46] Nada se dice acerca de qué sucede si se cumple este requisito pero también se desarrolla una actividad por cuenta ajena. La finalidad de la norma aboca a no excluir el beneficio, porque se cumplen sus requisitos.

[47] Ninguna exigencia existe acerca del tipo de jornada o modalidad contractual exigible.

2.11. Profesionalidad del accidente in itinere

El artículo 316 LGSS viene ocupándose de las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos[48]. Ahora se atiende una reivindicación muy generalizada entre ese colectivo, estableciendo los términos en que un accidente in itinere puede ser considerado profesional[49]:

- Requisito principal: Debe acaecer al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional.
- Identificación del lugar de trabajo: el establecimiento en donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad.
- Exclusión: que coincida con su domicilio.
- Requisito formal: que se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales.

Al igual que sucede con los trabajadores por cuenta ajena, es previsible que la aplicación de este concepto (incluyendo varias magnitudes abiertas) genere litigiosidad. Por lo pronto, debiera evitarse la equiparación entre accidentes en itinerancia y aquellos otros ("de tráfico") que tienen lugar mientras se está desarrollando la actividad productiva (por ejemplo, para acudir a visitar a un cliente).

2.12. Reordenación de las cotizaciones

A) Supuestos de pluriactividad

A) La Ley 6/2017 regula de la cotización de los trabajadores autónomos en régimen de pluriactividad, contemplando de manera conjunta los diversos beneficios en materia de cotización de aquellos emprendedores que simultáneamente llevan a cabo otra actividad que les incluye en otro régimen, desde una perspectiva de reducción de cargas administrativas[50].

---

[48] "Se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial. Se entenderá, a idénticos efectos, por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas, anexa al Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro".

[49] De ello se ha encargado el artículo 14 de la LRUTA ("Equiparación a efectos de las contingencias derivadas de accidente de trabajo in itinere"), único que integra su Título VIII (que posee igual rúbrica).

[50] El artículo 2º de la Ley 6/2017 disciplina la "cotización en supuestos de pluriactividad de trabajadores autónomos".

El artículo 313 LGSS ("base mínima en supuestos de alta inicial en situación de pluriactividad") es reformado para disponer que procede el reintegro de cuotas por contingencias comunes en importe del 50% del exceso de la cuantía que las Leyes de Presupuestos establezcan para cada ejercicio (tope: 50% cuotas contingencias comunes del régimen especial autónomos). Además, la devolución se producirá sin solicitud expresa (la TGSS abonará el reintegro que en cada caso corresponda antes del 1 de mayo del ejercicio siguiente).

B) De este modo, cuando el autónomo también es asalariado tiene derecho al reintegro del 50% del exceso en que sus cotizaciones superen la cuantía que se establezca a tal efecto por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio, con el tope del 50 por ciento de las cuotas ingresadas en este régimen especial, en razón de su cotización por las contingencias comunes de cobertura obligatoria.

C) Al margen de lo anterior, cuando el alta inicial en el RETA provoca la pluriactividad se aplicarán reglas especiales[51]:

- Durante 18 meses pueden elegir como base de cotización desde la equivalente al 50% de la mínima.
- Durante los segundos 18 meses pueden elegir como base desde la equivalente al 75% de la mínima.
- Si su trabajo es a tiempo parcial, la elección de base puede realizarse desde el 75% de la mínima los primeros 18 meses y desde el 85% de la mínima los siguientes 18.

D) En el RETMAR se aplican las anteriores previsiones para quienes vienen incluidos en su grupo primero de cotización.

B) Base mínima para empleadores

El artículo 312 LGSS viene regulando la base mínima de cotización para determinados trabajadores autónomos. En concreto, para quienes en algún momento de cada ejercicio económico y de manera simultánea hayan tenido contratado a su servicio un número de trabajadores por cuenta ajena igual o superior a diez.

Así como hasta ahora se fijaba por equiparación con la de los trabajadores encuadrados en el grupo de cotización 1 del Régimen General, el artículo 12 de la LRUTA ha dispuesto que "se determinará en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado".

[51] Son incompatibles con cualquier otra bonificación o reducción, así como con el reintegro de cuotas como consecuencia del ejercicio de la actividad por cuenta propia en régimen de pluriactividad con otra por cuenta ajena.

Se trata de regla trasladable al RETMAR siempre que estemos ante personas incluidas en su grupo primero de cotización.

C) Flexibilidad en la cotización: meses incompletos y cambios en la base

A) Un cambio importante es el que permite adaptaciones con objeto de que en determinados casos la obligación de cotizar se refiera exclusivamente a los días de alta en cada mes, frente a la actual obligación de hacerlo por el mes completo, independientemente de los días que se haya estado de alta durante ese mes. La DA 1ª de la Ley 6/2017 posibilita que hasta un máximo de tres altas al año tengan efectos desde el momento de inicio de la actividad y no desde el primer día del mes en que se inicia dicha actividad, como ocurría hasta ahora.

B) La DF 2ª de la Ley 6/2017 eleva de dos a cuatro el número de veces al año en que puede cambiarse de base de cotización, con lo que se ajusta la norma a las fluctuaciones que son susceptibles de producirse en los ingresos de la actividad autónoma a lo largo de cada ejercicio.

C) Lo anterior se lleva a cabo a través de la modificación del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, dado que se trata de cuestiones que tradicionalmente se regulan por norma de rango reglamentario por su carácter formal y de gestión, lo que facilita una regulación detallada sin restar plenas garantías jurídicas a la eficacia de las novedades introducidas.

D) Un mayor y esquemático desarrollo de estas previsiones muestra lo que sigue:

- Afiliación y hasta 3 altas dentro de cada año natural tendrán efectos desde el día en que proceda su inclusión el RETA [mod. art. 46.2.a) RD 84/1906 DF 1ª LRUTA], pero siempre que las solicitudes se presenten con carácter previo. El resto de altas, tendrán efectos el día 1º del mes natural en que se reúnan los requisitos para ser incluido en el RETA.
- Consecuencia en el TRLISOS, distinguiendo si las altas fuera de plazo son consecuencia (grave a partir de 3.126 euros a 10.000 euros) o no de actuación inspectora (grave 625 euros), así como cuando la omisión genere falta de pago (DF 9ª modifica art. 22.7 LISOS)

Todo ello entra en vigor el 1 de enero de 2018.

- Hasta 3 bajas dentro de cada año natural tendrán efectos desde el día en que el trabajador hubiera cesado en la actividad que da lugar a su inclusión en el RETA siempre que hubiera presentado la solicitud dentro del plazo de los 3 días naurales siguientes al del cese en el trabajo por cuenta propia[mod. art. 46.4.a) RD 84/1906 DF 1ª LRUTA],
- Cambio de base de cotización hasta 4 veces al año dentro de los límites mínimo y máximo (art. 43 bis.1 RD 2064/1995 por DF 2ª. Dos LRUTA)

  - 1 de abril si se solicita entre el 1 de enero y el 31 de marzo
  - 1 de julio si se solicita entre el 1 de abril y el 30 de junio.
  - 1 de octubre si se solicita entre el 1 de julio y el 30 de septiembre.
  - 1 de enero del año siguiente si se solicita entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre.

- Posibilidad de solicitar el incremento automático de las bases de cotización para el año siguiente en el mismo porcentaje en que aumenten las bases máximas de cotización, incluido quien cotice por la base máxima. Se incluyen las renuncias, con efectos a partir del 1 de enero del siguiente año (art. 43 bis.2 RD 2064/1995 por DF 2ª. Dos LRUTA). Todo esto es ampliable a los trabajadores del RETM del grupo primero de cotización.
- Período de liquidación y contenido de la obligación de cotizar (art. 45.1 RD 2064/1995 por DF 2ª. Tres LRUTA).
- El período de liquidación, en el caso de las altas y bajas, comprenderá los días de prestación efectiva por cuenta propia en el mes en que se hayan producido, exigiéndose la fracción de la cuota mensual correspondiente a dichos días (la cuota fija mensual se dividirá por 30 en todo caso).
- La obligación de cotizar nace el día en que concurran las condiciones determinantes para su inclusión en el RETA, siempre que las solicitudes se presenten con carácter previo, o desde el día 1º del mes natural en que concurran las condiciones para ser incluido en el RETA, en los demás supuestos.
- La extinción de la obligación de cotizar se produce desde el día en que dejen de concurrir las condiciones determinantes para su inclusión en el RETA, siempre que las solicitudes se presenten en el plazo de 3 días naturales, y en los demás casos, al vencimiento del último día del mes natural en que dejen de concurrir las condiciones para ser incluido en el RETA.

ASPECTOS CRUCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

"La flexibilidad de 'entrada' no es en realidad ahora una forma de agilizar el procedimiento de la colocación o los trámites de la contratación, sino una forma de designar la cronología en la determinación del momento final de la relación laboral"
Francisco J. Prados de Reyes[1]

SUMARIO:

1. EL PESO DEL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO EN NUESTRO SISTEMA.
2. LA AUTONOMÍA Y SUSTANTIVIDAD PROPIA DENTRO DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA.
3. LA ESPECIALIDAD DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.
4. LAS DURACIONES MÁXIMAS DEL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO.
5. LAS ESPECIALIDADES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
6. PROCEDIMIENTOS Y REQUISITOS FORMALES DE LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL.
7. IGUALDAD DE TRATO EN LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL: INDEMNIZACIÓN Y PROCEDIMIENTO.

[1] Aspectos de la reforma laboral en materia de contratación temporal, en Temas Laborales nº 38 (1986), pg. 5.

1. EL PESO DEL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO EN NUESTRO SISTEMA

El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado asume tradicionalmente un papel bien destacado dentro del conjunto de la contratación temporal en nuestro país, siendo una de las modalidades más utilizadas por parte de las empresas. Los datos estadísticos aportados por el Ministerio de Empleo sobre contratos registrados muestran el importante peso que esta modalidad tiene dentro de nuestro mercado de trabajo, en términos tales que es la segunda más utilizada, después del contrato eventual; más aún, los datos de contratos registrados muestran tan sólo el flujo de contratos, pero no el stock de los mismos, siendo posible que la duración media de los contratos para obra o servicio determinado sea superior a la de los contratos eventuales, de modo que es pensable que sea la modalidad de contratación temporal más empleada por los empresarios entre nosotros en términos de stock. En el conjunto del mercado de trabajo vienen a celebrarse mensualmente más de medio millón de contratos de trabajo, lo que supone superar los seis millones de contratos cada año. En términos de porcentaje de contratos registrados, los celebrados para obra o servicio determinado vienen a representar en torno al 40 % del total de la contratación laboral.

Ciertamente las causas determinantes de esta centralidad de la presenta modalidad contractual son muy diversas, pero indiscutiblemente influye, sin lugar a dudas, el proceso evolutivo de indiscutible incentivo por parte de la legislación laboral a inicios de la década de los años ochenta del siglo pasado de la contratación temporal en nuestro país, que caló con intensidad entre nuestro empresariado conformando lo que, con gran acierto, se ha llegado a calificar como la cultura de la temporalidad. Tal incidencia ha tenido la estrategia de contratación temporal en nuestro empresariado que, incluso cuando formalmente se corrigió la orientación legislativa a partir de mediados de la década siguiente, dirigiéndose hacia el fomento de la contratación por tiempo indefinido, el peso de la contratación temporal no disminuyó en términos decisivos, produciéndose una simple traslación en el uso de las modalidades contractuales. En concreto, a partir del momento en el que se procedió en aquellos momentos a la eliminación de la contratación temporal acausal de fomento de empleo, no se produjo un incremento de los contratos por tiempo indefinido, sino un uso extensivo e intensivo de las otras modalidades de contratación temporal, concentrada la práctica totalidad en el contrato para obra y servicio y en el contrato eventual.

No cabe la menor duda de que a lo largo de las últimas décadas se han producido transformaciones en el funcionamiento de la actividad económica y, particularmente, en la organización de las empresas que provocan una tendencia al incremento de la contratación temporal no sólo en nuestro mercado de traba-

jo, sino también en el del conjunto de los países desarrollados que presentan un modelo jurídico similar de regulación de los contratos indefinidos y temporales. Fenómenos tales como la reducción de la vida útil comercial de determinados productos y servicios, la intensificación de las fórmulas de descentralización productiva, de gestión privada de servicios o actividades públicas, la intensificación de actividades estacionales vinculadas a la economía y el peso indiscutible en nuestra economía de actividades estacionales y turísticas, provocan un obvio mayor peso de la contratación temporal.

No obstante, lo anterior no es suficiente como para explicar el uso tan acentuado en nuestro mercado de trabajo de la contratación temporal en su conjunto y, especialmente, del contrato de trabajo para obra o servicio determinado. En ello sigue influyendo de manera decisiva el proceso evolutivo precedente de construcción de un modelo inicial de fomento de la contratación temporal, que en modo alguno desaparece de la mentalidad empresarial, que sigue considerando que la fase inicial de vinculación de cualquier trabajador a la empresa lo debe ser de forma temporal, de modo que la conversión de su contrato en por tiempo indefinido se transforma en un a modo de premio o motivación a unos resultados de esfuerzo y dedicación, convirtiéndose en un elemento de promoción profesional, al margen por tanto del objeto de su trabajo, con independencia de que su trabajo responda o no a una actividad coyuntural o estructural respecto de las necesidades de empleo en la empresa.

Ello explica que en la decisión empresarial de opción por las diversas modalidades de contratación laboral influya tan decisivamente el uso de la contratación temporal como estrategia de gestión de los recursos humanos, insistimos con independencia de la concurrencia o no de la causalidad teóricamente exigida a la contratación de duración determinada y, específicamente, a la contratación para obra o servicio determinado.

Ciertamente lo anterior conduce a asentar no sin fundamento la idea de que en nuestro sistema de contratación se produce un uso abusivo de la contratación para obra o servicio determinado, utilizándose para supuestos diversos de los contemplados en nuestra legislación laboral. En estos términos, la reiteración de este panorama de forma tan prolongada en el tiempo tiende a asentar la idea de que las medidas de fomento de la contratación indefinida adoptadas son ineficaces y que las exigencias de causalidad en el contrato para obra o servicio determinado no van más allá de la previsión formal en la normativa vigente. En cierto modo, no deja de ser cierto que el resultado al que nos enfrentamos de enquistamiento de un problema va más allá del régimen jurídico que se adopte respecto de la contratación temporal, pero igualmente ha de valorarse que no todo es ajeno a la regulación legal vigente y, por extensión, a los controles establecidos por nuestro sistema legal para proporcionar efectividad y eficacia a la norma jurídica, de

modo que se cumplan las finalidades perseguidas por nuestro legislador en aras a ordenar razonablemente nuestro mercado de trabajo y, en particular, nuestro sistema de contratación.

Por todo ello, no está de más preguntarse si algo falla en nuestra regulación del contrato para obra o servicio determinado, que por vía indirecta u oculta esté de facto permitiendo este uso desmesurado, más allá de lo razonable, de esta modalidad de contratación. Se trata igualmente de preguntarse hasta qué punto no ha existido un pleno convencimiento por parte del legislador de la necesidad de atajar el uso indebido de la contratación temporal causal, de modo que siempre ha dejado abiertas vías más o menos indirectas que han permitido la utilización de la contratación temporal causal para atender necesidades estructurales y permanentes de la organización empresarial. Finalmente, tampoco está de más analizar los aspectos centrales del régimen del contrato de trabajo para obra o servicio determinado desde el punto de vista del equilibrio de reparto de la flexibilidad empresarial necesaria entre trabajadores fijos y temporales contratados correctamente. Dentro de los límites de la dimensión de este trabajo intentaremos aproximarnos a estas cuestiones ciertamente cruciales para nuestro modelo de contratación laboral.

2. LA AUTONOMÍA Y SUSTANTIVIDAD PROPIA DENTRO DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA

La conexión entre esta modalidad contractual y la atención a necesidades coyunturales dentro de la actividad de la empresa inicialmente se encuentra suficientemente precisada en la ley. Lo hace por medio de la exigencia de que el trabajador sea destinado a la ejecución de una obra o a la prestación de un servicio claramente identificable como diferenciado, dicho con palabras del propio texto legal "con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa" (art. 15.1 a ET). Sería difícil acometer desde una norma de carácter general una mayor concreción del requisito legal, a la vista de que se trata de una regla que debe ser aplicable al conjunto de los sectores productivos, actividades profesionales y tipologías de las empresas. En cierto modo por ello, el propio legislador se remite a la negociación colectiva, para que ésta en una relación típica de complementariedad, pueda proceder a concretar los trabajos y tareas dentro de la empresa que tienen dicha sustantividad propia y que, como tales, puede atenderse a través de la presente modalidad contractual. Es cierto que la experiencia demuestra que la negociación colectiva en nuestro país no suele interesarse por entrar en estas materias, de modo que son pocos los convenios colectivos que hacen uso de la delegación o habilitación contenida en el Estatuto de los Trabajadores a estos efectos. En todo caso, al margen del carácter general de la regla legal y de la ausencia en la mayoría de las ocasiones de identificación al efecto de los

trabajos y tareas que pueden justificar el uso de esta modalidad contractual, puede afirmarse que (transcurrido ya suficiente tiempo de experiencia aplicativa de la presente regulación legal) la redacción legal aporta suficiente seguridad jurídica para delimitar los casos en los que las empresas pueden acudir a la presente modalidad contractual y cuándo no. Por mucho que las situaciones productivas, empresariales y profesionales sean variadas es fácil de identificar en la práctica los trabajos y tareas de ejecución temporal por realización de una obra o prestación de un servicio concretos que justifican tal contratación temporal y los supuestos en los que se está haciendo un uso indebido de la previsión legal.

Prueba de ello es que escaso debate judicial ha suscitado la interpretación aplicativa de estos requisitos, de modo que no es una cuestión que se haya convertido en litigiosa, al propio tiempo que la jurisprudencia ha venido a establecer criterios unánimes de manera continuada en el tiempo[2].

Incluso, la normativa, ahora la de carácter reglamentario, es bastante exigente en cuanto a los aspectos formales a través de los cuales se especifica al caso concreto la concurrencia de la causa legalmente exigida. En efecto, tal como se establece en la norma reglamentaria, "el contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto"[3]. Tal como ha señalado con acierto la jurisprudencia, se han de tener especialmente en cuenta los términos en los que aparece redactada la cláusula "para ponerla en contraste con la actividad realmente desempeñada en la empresa y por el trabajador y con el cumplimiento de la finalidad a la que responde esta concreta modalidad de contratación temporal, debiendo quedar plenamente identificada y acreditada la causa legitimadora de la temporalidad"[4]. De este modo, no acepta la corrección del contrato cuando en el mismo no se identifica de forma adecuada el servicio a realizar[5]. Por ejemplo considerando su incorrección cuando se trata de una cláusula genérica que condiciona la duración del contrato a la descontratación total o parcial por parte de la empresa cliente[6]. Incluso ha sido exigente en la necesidad de identificación expresa en el caso del fijo de obra en el sector de la construcción[7].

De este modo, la jurisprudencia ha resumido con claridad los requisitos exigidos legalmente: "a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente

[2] Por todas, con cita de las sentencias precedentes, STS 30 de septiembre de 2014, RJ 2014/6125.

[3] Art. 2.2.1 Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre (BOE 8 de enero de 1999), por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante RDCT.

[4] STS 8 de noviembre de 2010, RJ 2011/388.

[5] STS 6 de julio de 2016, RJ 2016/6365.

[6] STS 8 de noviembre de 2010, RJ 2011/388.

[7] STS de 30 de junio de 2005, RJ 2005/7791.

autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y c) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas. Esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurran conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho"[8].

En concreto, esta última sentencia, con fundamento en precedentes, ha especificado que no es posible, ni por vía del contrato para obra ni por vía de la previsión general legal de consignar otras causas en el contrato de trabajo (art. 49.1 b ET), vincular el contrato de trabajo a la elaboración de cada producto encargado por las empresas clientes[9]. Igualmente, ha dejado sentado que es adecuada la contratación para obra o servicio determinado dirigida a la ejecución por parte de promotores de empleo de un plan extraordinario, subvencionando el Gobierno a las Comunidades Autónomas de manera temporalmente limitada, si bien no es posible que el trabajador sea destinado a la ejecución de actividades diversas sin clara separación del trabajo del resto de la plantilla[10]. Del mismo modo, aunque no es habitual, la jurisprudencia admite que se pueda proceder a la novación de este tipo de contratos en la medida en que justificadamente la empresa altere el objeto de la obra o servicio determinado pactado[11]. También la jurisprudencia ha marcado las diferencias del contrato para obra con el contrato de trabajo fijo discontinuo, procediendo este último cuando se trate de trabajos de carácter intermitente o cíclico, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de homogeneidad[12].

Como caso muy singular, se ha considerado que el error en la celebración de un contrato para obra, suscribiéndolo bajo esta modalidad cuando lo que procedía era una interinidad por vacante, no debe provocar mayores consecuencias, admitiéndose la licitud de la extinción contractual en el momento de la cobertura de la plaza[13].

---

[8] SSTS 21 de abril de 2010, RJ 2010/4674; 11 de mayo de 2005, RJ 2005/4981; 21 de marzo de 2002, RJ 2002/ 5990.

[9] En el mismo sentido STS 3 de febrero de 2010, RJ 2010/1433

[10] SSTS 6 de julio de 2016, RJ 2016/6365; 18 de mayo de 2016, RJ 2016/3483; 29 de noviembre de 2014, RJ 2014/4207; 30 de noviembre de 2014, RJ 2014/6125.

[11] STS 12 de mayo de 2009, RJ 2009 3117.

[12] SSTS 21 de enero de 2009, RJ 2009/1831; 26 de mayo de 2015, RJ 2015/3772.

[13] STS de 19 de mayo de 2009, RJ 2009/4551.

A tenor de ello, a mi juicio, el problema no se encuentra tanto en una defectuosa o imprecisa regulación legal, ni en la claridad de la jurisprudencia establecida al efecto, cuanto en el funcionamiento de los mecanismos de control para el efectivo cumplimiento de las exigencias legales, así como en el carácter suficientemente disuasorio de los efectos jurídicos y específicamente de la intensidad de las sanciones derivadas de su incumplimiento. En multitud de ocasiones no se cumple con el requisito reglamentario de especificación e identificación suficiente, con precisión y claridad, de la obra o el servicio que constituya su objeto, pese a lo cual no funcionan debidamente los instrumentos administrativos, sindicales y judiciales de control, así como de disuasoria sanción.

3. LA ESPECIALIDAD DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

Situación singular se presenta en el marco de la descentralización productiva, en los casos de trabajadores contratados por empresas auxiliares que a su vez están ejecutando una obra o servicio para una empresa principal. Cuando la necesidad de realización de un trabajo con carácter temporal coincide tanto en la empresa auxiliar como en la principal nos enfrentamos a un indiscutible supuesto de contratación para obra o servicio determinado. Las dudas surgen cuando se verifica una disociación entre las necesidades productivas y, por ende, de actividad profesional, entre la empresa principal y la empresa auxiliar. En estos casos, en sede teórica, habría dos formas de apreciar el carácter temporal o indefinido de la actividad ejecutada por el trabajador. De una parte, desde un punto de vista sustancial o de fondo, puede suceder que la prestación laboral del empleado tenga carácter permanente dentro de lo que constituye la actividad productiva de la empresa principal; de otra parte, desde el punto de vista formal para la empresa auxiliar puede tratarse de una actividad temporal, en la medida en que el contrato civil, mercantil o administrativo celebrado con la empresa principal es de duración limitada en el tiempo.

En un principio la jurisprudencia rechazó la posibilidad de que las empresas auxiliares pudieran contratar temporalmente a estos trabajadores, pues interpretaban que lo relevante eran las necesidades permanentes de la empresa donde se ejecutaba el trabajo, lo que determinado la necesidad de ser contratados por tiempo indefinido[14].

Sin embargo, a partir del año 1997 se ha consolidado una muy abundante y conocida jurisprudencia que admite la licitud de la celebración por parte de la empresa auxiliar de contratos de duración determinada para atender a las tareas objeto de la contrata con la empresa principal, de modo que nuestro Tribunal Su-

[14] Por todas, STS 26 de septiembre de 1992, RJ 6816; 30 de noviembre de 1992, RJ 9292.

premo da por válida la contratación temporal de los trabajadores destinados a la ejecución de los servicios contratados con la empresa principal. Ello lo recondujo inicialmente por la vía de las causas consignadas lícitamente en el contrato de trabajo (art. 49.1 b ET)[15].

No obstante, este fundamento jurídico algo embrionario en su construcción, con cierta celeridad fue sustituido por otro criterio más contundente y limpio, que es el que ha cuajado con mayor éxito entre nuestra jurisprudencia. En efecto, rápidamente se abandonó la fórmula precedente, para establecer el criterio de incardinar directamente dichos supuestos en una de las causas tipificadas legalmente de forma tradicional y desde tiempo atrás como de posible contratación temporal causal: el contrato para obra o servicio determinado (art. 15.1.a ET)[16]. A partir de ahora se entenderá que hay dos formas de justificar la temporalidad del contrato para obra o servicio determinado, una intrínseca a la propia actividad productiva de la empresa, otra externa en función de las relaciones mercantiles que mantenga con terceros. Por añadidura, el criterio jurisprudencial se expresa en términos estrictamente formales, sin que ningún otro factor llegue a ser tomado en consideración a la hora de aceptar la licitud de la celebración del contrato laboral para obra o servicio determinado. Prueba de ello es que ni siquiera se altera el criterio cuando empresa auxiliar y empresa principal forman parte de un mismo grupo de empresa, al extremo de que la misma configuración del grupo de sociedades está facilitando la celebración de contratos temporales que queda al arbitrio de hecho de una de las partes[17]. Los propios convenios colectivos han recogido esta tesis para ciertas actividades, siendo ello avalado jurisprudencialmente[18].

Los efectos perversos de la precedente jurisprudencia, por la amplitud de consecuencias que la misma provoca, determinó una importante corrección por parte de la jurisprudencia. Comenzó por entender que el carácter limitado en el tiempo de la percepción de una subvención pública no justifica por sí sola la celebración de un contrato de trabajo por obra o servicio de terminado, pues no se eleva en ningún caso la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal". A tal efecto, se utiliza como argumento principal la incorporación de una nueva causa de despido objetivo de contratos indefinidos que se sostienen económicamente con subvenciones públicas, admitiéndose como causa justifica-

[15] STS 15 de enero de 1997, RJ 497.

[16] Por todas, STS 8 junio 1999, RJ 5209; 20 de noviembre de 2000, RJ 1422; 26 de junio de 2001, RJ 6839; 22 de octubre de 2003, RJ 8390; 4 de mayo de 2006, RJ 2398; 5 de marzo de 2007, RJ 4180; 21 de noviembre de 2007, RJ 9341; 21 de febrero de 2008, RJ 3477.

[17] Cfr. de nuevo STS 12 de mayo de 2009, RJ 3117.

[18] STS 4 de octubre de 2007, RJ 2008/696; 12 de mayo de 2009, RJ 2009/3117; 15 de enero de 1997, RJ 497; 21 de febrero de 2008, RJ 2008/3477.

da de resolución contractual la derivada de la finalización de la correspondiente consignación presupuestaria (art. 52.e ET)[19].

Con toda seguridad el cambio jurisprudencial de mayor calado y trascendencia, que comporta un giro importante en los criterios sostenidos hasta entonces, ha sido el de establecer que cuando a la conclusión de la duración inicial del contrato entre las dos empresas, éstas mismas vuelven a celebrar un nuevo contrato que sin solución de continuidad comporta la continuidad en la ejecución de la misma actividad por parte de la empresa auxiliar, no se produce la extinción de los correspondientes contratos de trabajo temporales en la medida en que no se ha cumplido el término resolutorio pactado laboralmente. En estos casos, la jurisprudencia a partir de 2008 viene a precisar que en el caso de los contratos para obra o servicios determinado, más que ante una condición resolutoria, nos encontramos ante un supuesto de fijación de un plazo resolutorio, siendo lo decisivo el hecho de que el término depende de la material conclusión de la contrata, hecho que no se produce si a la inicial conclusión del contrato mercantil éste se prorroga con el mismo objeto de concluir idéntica obra, "razón por la que se vincula la duración del contrato a la subsistencia de la necesidad que se atiende con él"; corolario lógico de ello será deducir que "las sucesivas contratas administrativas para la cobertura o atención de un mismo servicio público, de las que, sin solución de continuidad, sigue resultando adjudicataria o contratista la misma empresa, no pueden propiciar, por sí mismas y en buena lógica jurídica, una propia y verdadera conclusión de la obra o servicio determinado por el solo hecho, de innegable repercusión jurídico administrativa, de terminación de una contrata y subsiguiente inicio de otra sin solución de continuidad, resultando, en cambio, mucho más coherente y ajustado, desde una perspectiva jurídico laboral, el entender que el objeto del contrato laboral temporal no ha concluido y que, por ende, debe subsistir el mismo en los términos establecidos hasta que se den por terminados, efectivamente, la obra o servicio que constituyeron su objeto"[20].

Si bien aparentemente estas sentencias se presentan como una simple matización de aclaración de la doctrina general formulada a lo largo de más de una década, materialmente a nuestro juicio con ello se produce un significativo cambio de rumbo. Si bien formalmente no se rompe la premisa de partida de la licitud de la celebración del contrato temporal en estos casos, se altera sustancialmente la causa determinante de la extinción del contrato, que ya no es el momento de la conclusión del contrato mercantil sino el de la ruptura efectiva de la relación

[19] STS 21 de marzo de 2002, RJ 2002/5990; 10 de abril de 2002, RJ 2002/6006; 25 de noviembre de 2002, RJ 2002/1922; 21 de enero de 2009, RJ 2009/1831; 1 de abril de 2009, RJ 2009/3247

[20] STS 17 de junio de 2008, RJ 4229; 18 de junio de 2008, RJ 4449; 17 de julio de 2008, RJ 4564; 23 de septiembre de 2008, RJ 5534.

mercantil entre las dos empresa. El contrato de trabajo sigue siendo temporal, pero su duración resulta mucho más "indefinida" y por tanto prolongada en el tiempo, pues se mantiene hasta tanto se mantenga la relación contractual entre empresa principal y auxiliar, lo que impide la resolución contractual laboral a la finalización de cada contrato mercantil.

Este importante cambio jurisprudencial provoca indudablemente un efecto práctico bien relevante de incremento significativo de la estabilidad en el empleo de tales trabajadores, por mucho que se siga tratando de un contrato de trabajo de duración determinada. En particular, ello tendrá sus consecuencias tanto sobre la transformación de tales contratos en por tiempo indefinido como sobre los procedimientos e indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, pero lo postergamos a tratarlo en los apartados correspondientes.

4. LAS DURACIONES MÁXIMAS DEL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO

En un principio, el contrato de trabajo para obra o servicio se perfilaba para la ejecución de actividades bastante limitadas en el tiempo. A lo más en el sector de la construcción así como de la obra pública este contrato podría tener una duración más amplia en el tiempo; pero en el resto de los sectores y actividades su duración era relativamente corta. No obstante, con el paso del tiempo, a resultas de las transformaciones en la organización de las empresas, especialmente una vez más de la descentralización productiva y de la gestión privada de servicios públicos y actividades de la Administración, se presenta la posibilidad de que esta modalidad sea utilizada para la ejecución de trabajos prolongados en el tiempo. Por aludir a un supuesto extremo, una concesión administrativa de explotación de una autopista de peaje por varias décadas podría dar lugar a la celebración de un contrato de servicios de un cobrador en un peaje por el tiempo correspondiente a la concesión, de modo que el contrato llegaría a durar tiempo asimilado al de un contrato por tiempo indefinido.

A la vista de ello, en un momento determinado, en concreto a partir de la reforma laboral de 2010, se estableció un tope máximo a la duración de la presente modalidad contractual, de modo que a partir de tal modificación legal esta modalidad contractual no puede tener en ningún caso una duración superior a tres años, con la única excepción de que por vía de convenio colectivo sectorial podrá ampliarse el presente tope máximo hasta doce meses más, es decir, un tope insuperable absoluto en cualquier caso de cuatro años.

Lo más significativo a estos efectos es que en este caso la regla es absoluta, en el sentido de que superado dicho tiempo máximo el contrato se convierte

inexorablemente en por tiempo indefinido. A diferencia de otras reglas limitativas de la contratación temporal, cuyo incumplimiento provocan una mera presunción 'iuris tantum" de transformación del contrato en por tiempo indefinido, en este caso la regla es mucho más rigurosa por cuanto que lo que viene a establecer es una presunción 'iuris et de iure' de transformación por tiempo indefinido. Dicho en sentido contrario, aunque en el caso concreto el empleador pueda demostrar que concurre una causa justificativa de temporalidad en la obra o servicio pactado superior al tope legal o convencional, el designio del legislador es que dicho contrato se debe celebrar desde su inicio por tiempo indefinido o bien transformarse de manera automática en por tiempo indefinido desde el instante en el que se supere el mencionado tope. Ello no supone que a la llegada del término derivado de la conclusión de la obra o del servicio contratado el empresario no pueda proceder a la extinción justificada del contrato, pero sí que deberá efectuarlo a través de las causas genéricas legales, en concreto, a través del despido individual objetivo por amortización de puesto de trabajo o vía despidos colectivos en caso de superación de los umbrales cuantitativos correspondientes.

Para el caso específico de los contratos para obra o servicio determinado vinculados a una contrata o subcontrata con una empresa principal, encontramos uno de los efectos indirecto más importantes derivados de la jurisprudencia antes referida que se construye a partir de 2008, en el sentido de que el contrato es un término vinculado a la duración del vínculo entre empresa principal y empresa auxiliar. En estos casos, comoquiera que el contrato no se extingue a la conclusión de cada contrato entre ambas empresa, en supuestos de renovación de los mismos, se puede producir de forma natural una superación de tales topes máximos, de modo que ello puede provocar por esta vía fenómenos bastante numerosos de transformación de contratos temporales en indefinidos

En lo que se refiere a la remisión a la negociación colectiva destaca el hecho de que por la fecha en la que se aprobó la reforma la regla establece un criterio de remisión que no se corresponde con las tendencias más recientes en esta materia. En efecto, por el carácter aluvional de las sucesivas reformas legislativas, en términos comparativos nos encontramos con un modelo diferente al de las últimas reformas, de modo que aquí no sólo no rige la preferencia aplicativa del convenio de empresa, sino que este tipo de convenios colectivos no queda habilitado para ampliar la duración máxima legal de esta modalidad contractual. Más aún, permitiéndose que así se haga por cualquier tipo de convenio sectorial, se otorga preferencia aplicativa al convenio estatal frente a los convenios sectoriales de ámbito inferior. Se trata de reglas especiales que hacen ceder a las de carácter general establecidas para la concurrencia entre convenios colectivos (art. 84 ET). Más allá de las diferentes lógicas entre ambos preceptos (art. 15.1 a y 84 ET), a nuestro juicio, en este caso, se trata de una regulación justificada, dado que se trata de una ampliación de las reglas limitativas del contrato para obra o servicio

determinado, sin que existan suficientes garantías de que la negociación colectiva del convenio de empresa se produzca con un intercambio de intereses equilibrado en esta materia y, sobre todo, que realmente la ampliación de la duración máxima presente una justificación objetiva y adaptada a las especialidades propias de la empresa en cuestión. Como matiz a lo anterior, ello sólo quedaría garantizado en la hipótesis de que se tratase de un convenio colectivo de una mediana o grande empresa, en cuyo caso sí que sería razonable y oportuno que el convenio empresarial pudiera también proceder a ampliar en estos términos la duración máxima del contrato. A la postre, con carácter general, las desconfianzas frente a la preferencia del convenio empresarial no es tanto genérica y abstracta, sino relacionada con el menor poder contractual de la representación de los trabajadores y el riesgo de un desequilibrio negocial entre las partes, hecho que se produce en las microempresas pero difícilmente entre las medianas y grandes empresas.

Reglamentariamente se establece que cuando el convenio colectivo que resulte de aplicación haya identificado los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con esta modalidad contractual, se estará a lo establecido en el mismo a efectos de su utilización (art. 2.1 RDCT). No obstante, ello no impide que los Tribunales puedan controlar lo pactado en convenio colectivo, comprobando a tal efecto si realmente en las actividades identificadas por el mismo concurren los elementos exigidos de autonomía y sustantividad propia, lo que puede llevar a la declaración de nulidad de la correspondiente cláusula convencional cuando se constate la falta de tales elementos. Por ejemplo, se ha considerado que no concurrían tales elementos en el caso de la renovación anual de la subvención de los niveles en los que se imparte la docencia concertada; mientras que sí ha considerado que concurrían cuando se trataba de impartir docencia en áreas o asignaturas a extinguir por aplicación de la legislación educativa vigente en cada momento, así como impartir docencia en niveles que los que la empresa haya iniciado el proceso de extinción y hasta el total cierre de los mismos[21].

Adicionalmente al tope general de duración, para esta modalidad contractual también se aplican los límites temporales relativos al encadenamiento de contratos y, en particular, a la transformación por tiempo indefinido en la hipótesis de superación de los mencionados límites máximos (art. 15.5 ET). Al igual que en la hipótesis precedente, la transformación constituye un imperativo legal, en el sentido de que del mismo modo se introduce una presunción 'iuris et de iure' de transformación automática en por tiempo indefinido. Indiscutiblemente la regla del encadenamiento de contratos es aplicable plenamente a los contratos de trabajo para obra o servicio determinados, tanto si se trata de varios de ellos encadenados como de éstos combinados con otros contratos temporales igualmente

[21] STS de 27 de septiembre de 2016, RJ 2016/4928.

encadenados; ello es obvio, tanto porque en un concreto pasaje se remite a la letra del precepto donde ser regula esta modalidad (art. 15.1 a ET) como porque no se encuentra dentro del listado de modalidades excluidas de la aplicación de los límites al encadenamiento.

Más, para esta modalidad contractual adquiere especial relevancia el hecho de que la norma en su redacción originaria contemplase como requisito que el trabajador debería prestar servicios en el mismo puesto de trabajo, circunstancia ciertamente difícil de cumplir en el caso de los contratos para obra o servicio determinados, lo que en su momento determinó que la jurisprudencia excluyese la aplicación de los topes máximos del encadenamiento de contratos al sector de la construcción cuando el trabajador era destinado a obras diferentes[22]. No obstante, a resultas de modificaciones posteriores de su regulación, en concreto a partir de la reforma laboral de 2010, expresamente contempla que en los sucesivos contratos el trabajador puede ser destinado a la ejecución de diversos puestos de trabajo, aplicándose también en tal supuesto la regla limitativa del encadenamiento; resulta especialmente importante este dato por cuanto que, de principio, cada contrato de obra o servicio da lugar a la ejecución del trabajo en un puesto de trabajo diferente, pues de ser el mismo hay una fuerte presunción de que se trate de un trabajo permanente y, por tanto, en realidad habría que considerar que el contrato lo era por tiempo indefinido desde su inicio, por uso indebido de la contratación para obra o servicio determinados. No obstante, el asunto no es del todo pacífico en el sector de la construcción, donde el convenio colectivo sectorial estatal aplicable introduce la figura del fijo de obra, que ha sido avalada como correcta por parte de la jurisprudencia, entendiendo que en tal caso no resulta aplicable el tope del encadenamiento de contratos cuando el trabajador es destinado a prestar servicios en distintos centros de trabajo, si bien es cierto que se trata de sentencias dictadas conforme a la redacción originaria del encadenamiento de contratos y en algunos casos sobre la base de que no se trataba del mismo puesto de trabajo[23].

Por otra parte, también en relación con esta regla incide sobre su aplicabilidad el vigente criterio jurisprudencial, relativo al caso de la utilización de esta modalidad para las contratas y subcontratas de obras y servicios entre empresa principal y auxiliar. En efecto, al considerarlo la jurisprudencia como un contrato a término, los sucesivos contratos civiles, mercantiles o administrativos entre las dos empresas no comportan la concertación de otros tantos contratos de trabajo, pues el contrato es uno solo, que sin solución de continuidad se mantiene en el tiempo por la correlativa continuidad ininterrumpida del vínculo entre ambas

[22] SSTS de 25 de mayo de 2011, RJ 5817; 19 de julio de 2011, RJ 6673; 30 de abril de 2013, RJ 5342.

[23] SSTS de 30 de abril de 2013, RJ 2013/5342; 15 de junio de 2011, RJ 2012, 146; 25 de mayo de 2011, RJ 2011/5817.

empresas. Ahora, la consecuencia de esta tesis lleva a una exclusión en las más de las ocasiones de la aplicación de la regla limitativa del encadenamiento; en efecto, en estos casos sólo se concierta un contrato de trabajo, lo que excluye la regla del encadenamiento por cuanto que ésta exige como mínimo la presencia de dos contratos de trabajo. De este modo, en estos casos de celebración de un solo contrato de trabajo, el tope de los dos años en el encadenamiento (art. 15.5) viene a ser sustituido por el tope legal de 3 años, ampliable hasta cuatro vía convenio, para los contratos para obra o servicio (art. 15.1 a ET). Como expresamente deja sentado el Estatuto, la regla del encadenamiento no es sustitutiva del tope legal máximo, ni viceversa, sino claramente se trata de reglas que juegan alternativamente.

5. LAS ESPECIALIDADES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La actuación de la Administración Pública incide sobre la extensión de la utilización del contrato de trabajo para obra o servicio determinados desde dos diversas perspectivas. De un lado, en su condición de empleador, en la medida en que como tal organización proceda a realizar obras o prestar servicios que, por su carácter temporal, requieran que contrate empleados públicos a través de esta modalidad contractual. De otro lado, en su condición de empresa principal, en la medida en que opte por una gestión privada de servicios públicos o externalización de parte de sus actividades igualmente al sector privado, que para las empresa auxiliar den lugar a contrataciones laborales de obra o servicio, en la medida en que la que se establezcan, como es lo más habitual, vínculos temporales de contratación administrativa que habiliten para acudir a esta modalidad de contratación laboral.

En principio, a ambos fenómenos les resulta de aplicación en su totalidad el régimen jurídico de esta modalidad de contratación, sin requerir de mayores aclaraciones. No es nada casual que el número más significativo de sentencias del Tribunal Supremo sobre esta modalidad contractual afecten a supuestos en los que se encuentra implicada la Administración Pública, bien lo sea en su condición de empleadora bien lo sea en su condición de empresa principal. No obstante, algunas especialidades se presentan al efecto, que merece la pena comentar.

La principal y más significativa se verifica cuando la contratación laboral lo es de manera directa por parte de la Administración Pública, y se encuentra en la previsión específica contemplada en el Estatuto de los Trabajadores, que establece un régimen diferenciado para los efectos derivados de la duración máxima del contrato para obra o servicio determinado, así como para la superación del plazo de los encadenamientos de contratos. En estos casos se establece que “el

trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo" (disp. adic. 15ª ET). Esta previsión legal suele conectarse con la exigencia constitucional de que la selección del personal al servicio de la Administración Pública, sea para funcionarios o contratados laborales, se lleve a cabo por medio de concursos públicos basados en los principios objetivos de publicidad, igualdad, mérito y capacidad (art. 23 y 103 CE).

El propio precepto estatutario hace referencia a ello cuando afirma que el efecto jurídico derivado de la superación de los topes legales se establece "sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable". Por ello se suele entender esta regla como un modo de recepción en el texto legal de la jurisprudencia relativa a los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública. No obstante, sin dejar de ser esto plenamente cierto, lo previsto legalmente requiere de algunas aclaraciones para su plena comprensión y adecuada aplicación.

Ante todo, las exigencias constitucionales de referencia han de cumplirse en cualquier tipo de selección por parte de la Administración de sus empleados, en particular sin diferenciación entre contratación temporal o por tiempo indefinido. Dicho de otro modo, también la celebración de un contrato de trabajo para obra o servicio determinados requiere que la selección se verifique a través del procedimiento de concurso antes señalado.

En segundo lugar, a la vista de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la contratación temporal para obra o servicio determinados se ha podido producir previa una selección que ha respetado plenamente los principios constitucionales establecidos al efecto. Sin embargo, el tratamiento jurídico que se le da por el Estatuto de los Trabajadores en caso de superación de los topes máximos de contratación o de encadenamiento de contratos en el caso de la Administración es idéntico en todos los casos (disp. adic. 15ª ET). Por tanto, la regla de la continuidad en el servicio hasta que se resuelva el concurso también se aplica en los supuestos en los que la Administración ha contratado cumpliendo todas las exigencias legales. Se desea que la vinculación permanente se verifique siempre por vía de concurso, no admitiéndose en ningún caso que ello se produzca por mera transformación de un contrato temporal en indefinido, por muy legalmente que se haya producido la selección del contratado para obra o servicio determinado.

En tercer lugar, la regla precedente no sustituye al completo la jurisprudencia relativa a los trabajadores indefinidos, dado que esta es mucho más amplia y rica que los supuestos de hecho contemplados en la disposición adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores. Dicho de manera sencilla, cualquier contratación para obra o servicio determinados realizada de manera irregular, por no cumplir las exigencias propias de la legislación laboral, que en el sector privado determinaría la declaración como fijo del trabajador en cuestión, en el sector público determinaría su condición de indefinido no fijo y, por tanto, también su continuidad en el servicio hasta tanto que se convoque y resuelva correctamente el correspondiente concurso público[24]. De este modo, se declara el carácter indefinido no fijo cuando se contrata para obra para la ejecución de un trabajo sin la autonomía y sustantividad requerida legalmente e insuficiente determinación de su objeto en el contrato[25]. Eso sí, conviene tener presente que esta declaración de indefinido no fijo sólo se puede producir por resolución judicial, sin que lo pueda reconocer directamente la Administración Pública a los contratados de manera irregular[26]. Caso de que se produzca la extinción por cobertura vía concurso, la jurisprudencia interpreta que el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista para otros contratos temporales: el equivalente a 20 días de salario por año de antigüedad[27]. Dicho de otro modo, el tratamiento jurídico contemplado en la disp. adic. 15ª ET rige también para el conjunto de los indefinidos no fijos y no sólo para los que superen los topes máximos contractuales y de encadenamiento de contratos.

En cuarto lugar, la extinción de todos estos contratos no se produce sólo cuando se procede a convocar y resolver los correspondientes concursos públicos. Además de ello, ha de entenderse que se mantiene la jurisprudencia que entiende que el contrato también se puede resolver a resultas de la decisión administrativa objetivamente justificada de amortización de las plazas que venían ocupando estos trabajadores. Diferente será el procedimiento a través del cual deba producirse esta extinción, pero que sin duda se entiende como causa justificada de resolución contractual la decisión de amortización sin convocatoria a concurso de la plaza. En concreto, la jurisprudencia interpreta que para que se produzca la extinción de tales contratos no puede acudirse a la denuncia propia de los contratos temporales, sino que ha de someterse a las reglas propias de los despidos objetivos y colectivos que analizaremos más adelante[28].

---

[24] SSTS 21 enero 1998, RJ 1138; 30 de mayo de 2007, RJ 6113.

[25] STS 3 de junio de 2014, RJ 2014/5195.

[26] Disp. adic. 34ª Ley 3/2017, de 27 de junio (BOE 28 de junio), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

[27] STS 28 de marzo de 2017, rec. 1664/2015.

[28] SSTS 30 de marzo de 2017, rec. 961/2015; 24 de junio de 2014, rec. 217/2013; 8 de julio de 2014, rec. 2693/2013; 29 octubre 2014, rec. 1765/2013.

6. PROCEDIMIENTOS Y REQUISITOS FORMALES DE LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL

El procedimiento teórico establecido para la extinción del contrato de trabajo para obra o servicio determinado no es otro que el de la denuncia del mismo al cumplimiento del contrato, a través de la correspondiente notificación de una de las partes (habitualmente el empleador) a la otra parte (el trabajador). En el contrato firmado entre las partes puede fijarse una duración específica, aparte de la determinación de la obra o servicio; no obstante, reglamentariamente se precisa que dicha duración tiene un simple valor orientativo (art. 2.2 RDCT).

La jurisprudencia, por su parte, precisa que esta denuncia se puede producir cuando concluye el objeto de la obra o servicio pactado. Por ejemplo, considera que a la conclusión de la contrata pública es posible la correcta denuncia, incluso si la Administración decide la reversión del servicio, sin que en estos casos se produzca la subrogación contractual por transmisión de empresa[29]. Igualmente considera que la denuncia se puede producir de manera progresiva y escalonada conforme vaya reduciéndose en intensidad a su conclusión la actividad de la obra o contratado con la empresa cliente[30]. En estos casos, como la reducción puede ser de mera intensidad y los trabajadores ejecuten la obra de manera conjunta e indiferenciada, es preciso proceder a seleccionar a los trabajadores que van perdiendo su empleo conforme a un criterio objetivo, admitiendo como tal la jurisprudencia el criterio de la menor antigüedad contemplado en el convenio colectivo[31]. Sin embargo, para el caso de las contratas y subcontratas con una empresa principal, lo que la jurisprudencia no admite es que el acuerdo entre ambas empresas de reducir el contrato celebrado entre las mismas constituya una circunstancia determinante del cumplimiento del término pactado en el contrato de trabajo[32]. Respecto de la indemnización que procede en estos casos de denuncia contractual, nos remitimos a lo que expondremos en el siguiente apartado.

Aparte de todo lo anterior, para los contratos de trabajo para obra o servicio rigen el resto de las causas extintivas contempladas en la legislación laboral (art. 49 ET). Ello ha determinado que en todos los supuestos en los que la empresa deba proceder a una extinción justificada pero '*ante tempus*' a la conclusión de la ejecución de la obra o del servicio pactado, procede acudir al régimen general de los despidos, en particular a los despidos objetivos individuales y a los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. Por ejemplo, se considera como despido improcedente cuando el trabajador no

[29] STS 16 de junio de 2016, RJ 2016/3331.
[30] STS 19 de julio de 2005, RJ 2005/8339.
[31] STS 16 de mayo de 2013, RJ 2013/5704.
[32] STS 12 de junio de 2008, RJ 2008/4447.

se destina a la ejecución de la contrata[33] o cuando no se considera correcta una cláusula genérica en el contrato[34]. Del mismo modo, se entiende que ha de calificarse como despido nulo cuando se produce una reducción de la contrata que constituye una causa organizativa y productiva, debiendo computarse tales trabajadores a efectos de la superación de los umbrales cuantitativos que determinan la necesidad de acudir a un despido colectivo[35]; criterio aplicado también cuando la reducción se produce respecto de un contrato celebrado a través de una empresa de trabajo temporal[36]. No obstante, respecto de este último asunto, el Tribunal Supremo no parece que tenga un criterio claro, pues en paralelo admite que la reducción de la contrata del servicio por parte de la Administración a una empresa privada sí que constituye causa justificativa de denuncia contractual[37].

De este modo, cuando se ha efectuado una contratación para obra o servicio determinados de manera irregular y se procede a denunciarlo a la llegada del cumplimiento del teórico término, se entiende que la extinción contractual es improcedente si se hubiera debido utilizar el despido individual objetivo o nula si se hubiera debido acudir al despido colectivo. Eso sí, por ejemplo, se considera que en el caso de un Plan extraordinario de subvención con contratación irregular, a la conclusión de la subvención sin acudir a los procedimientos de despido, este es improcedente y no nulo aunque se hayan superado los umbrales cuantitativos que lo requerirían[38].

7. IGUALDAD DE TRATO EN LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL: INDEMNIZACIÓN Y PROCEDIMIENTO

Un importante impacto ha provocado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2016 que ha considerado contrario a la directiva sobre contratos de duración determinada la regulación de la extinción del contrato de trabajo de una interina que prestaba servicios para el Ministerio de Defensa[39]. El Tribunal europeo concluirá que dicha Directiva, cuando establece la prohibición de discriminación entre temporales y fijos (cláusula 4), se opone a la norma española al no reconocer indemnización por finalización de contrato al trabajador interino cuando sí reconoce tal indemnización a los trabajadores fijos comparables. Precisa, además, el mismo Tribunal que el mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la diferencia de tratamiento con los fijos.

[33] SSTS 14 de junio de 2010, RJ 2010/2704; 30 de septiembre de 2014, RJ 2014/6125.
[34] STS 8 de noviembre de 2010, RJ 2011/388.
[35] STS 3 de julio de 2012, RJ 2012/9585.
[36] STS de 22 de diciembre de 2011, RJ 2012/1890.
[37] STS 16 de mayo de 2013, RJ 2013/5704.
[38] STS 6 de julio de 2016, RJ 2016/6365.
[39] STJUE de 16 de septiembre de 2016, asunto 596/14, de Diego Porras.

Como indicamos, el asunto no se refiere a un contrato de trabajo para obra o servicio determinados, sino a un contrato de interinidad. Además, concurre la diferencia de que la normativa española hasta que se dicta esa sentencia establecía que no había derecho a percepción de indemnización alguna para el caso de la extinción del contrato de interinidad, mientras que establece una indemnización equivalente a doce días de salario por año de antigüedad para la denuncia de un contrato para obra o servicio determinados (art. 49.1 b ET).

A pesar de ello, lo relevante es que en esta sentencia, y dejando a un lado que desde el punto de vista argumental pudiéramos no considerar particularmente acertada la conclusión a la que se desemboca en el fallo, lo que puede resultar más relevante en estos momentos es destacar las conclusiones a las que llega el Tribunal y los efectos que ello provoca a resultas del criterio que establece.

A tal efecto, comenzando por lo que podríamos denominar certezas de la sentencia, en el sentido de que no ofrecen margen ni al debate ni a la duda, éstas serían las siguientes: 1) resulta discriminatorio a la luz de la Directiva en la materia establecer una indemnización diferenciada entre trabajadores temporales y trabajadores fijos; 2) no obstante, sí resultaría admisible que en algunos casos una posible diferencia de trato entre distintas categorías de trabajadores temporales fuera compatible con los dictados de la Directiva; 3) tal diferenciación sólo sería admisible si existiera una razón objetiva que lo justificara, pero tal razón no puede consistir en la mera naturaleza temporal del contrato de trabajo; 4) la comparación a los efectos de determinar la existencia o inexistencia de tratamiento discriminatorio debe realizarse entre trabajadores que desempeñan similares funciones pero bajo la diversa cobertura de un contrato temporal y de un contrato fijo; 5) al Tribunal nacional le corresponde determinar la precisa indemnización que deben recibir estos trabajadores interinos cuando se extingue su contrato, pero debe ser la que recibiría en nuestra legislación un trabajador fijo comparable cuando extingue su contrato. A su vez, el Tribunal nacional que planteó la cuestión prejudicial, al dictar su sentencia, a resultas de la correspondiente del Tribunal Europeo, procedió a interpretar el ordenamiento interno, considerando que lo que correspondía era aplicarle a la extinción de la trabajadora interina el régimen indemnizatorio previsto para los despidos objetivos individuales por causas objetivas, en la medida en que entendía que materialmente tras la extinción de un interino por retorno del trabajador sustituido concurría una causa productiva y, por tanto, condenó al empleador a abonar una indemnización equivalente a los 20 días de salario por año de antigüedad con el límite máximo de las 12 mensualidades[40].

A partir de lo anterior, el pronunciamiento se abre a una notable cantidad de dudas e interrogantes. La primera duda incluso cifrada en la propia consoli-

[40] STSJ, Madrid, 5 de octubre de 2016, rec. 246/2014.

dación en el tiempo de la tesis que consagra, pues no está de más tener presente que la sentencia no procede de la Gran Sala (donde se suelen decidir sobre los asuntos de mayor repercusión y relevancia), no existen las siempre ilustrativas e interesantes conclusiones del abogado general, no han presentado alegaciones los Gobiernos de otros Estados miembros que pueden verse afectado por la doctrina sentada por el Tribunal y no parece que el Gobierno español haya realizado un esfuerzo intenso para argumentar a favor de la compatibilidad de la legislación española con los imperativos de la Directiva. Más aún, con posterioridad a dicha sentencia, se han planteado cuestiones prejudiciales complementarias a la misma o incluso del mismo tenor, que pueden provocar importantes matices cuando no correcciones de facto del criterio antes descrito[41].

De las muchas incógnitas de fondo, algunas son singularmente destacables, como, por ejemplo, la relativa a la posible extensión del criterio de la necesaria igualdad indemnizatoria a otras modalidades de contratos temporales causales, como los eventuales o el contrato para obra o servicio determinados, pues si bien en estos casos el legislador español sí contempla una indemnización para el supuesto de extinción del contrato por la llegada del término o la finalización de la obra o servicio, su cuantía (12 días de salario por año de servicio) es inferior a la prevista para los supuestos de extinción del contrato indefinido por causas objetivas (20 días por año de servicio). Atendiendo en exclusiva al proceso argumentativo de la sentencia, la respuesta probablemente haya de ser positiva, pues, aunque en el fallo se aluda expresamente sólo a los interinos, el razonamiento no se realiza en atención a la específica modalidad interina de la contratación celebrada en el caso origen del pronunciamiento, sino sobre la base de la existencia de un contrato de duración determinada que se compara con el de un trabajador indefinido que realiza similares funciones. Por ello, allí donde se produzca tal semejanza funcional, la cobertura de la modalidad de contratación temporal no será suficiente para sostener una diferencia en la indemnización a percibir en caso de extinción contractual por causa objetiva.

El Tribunal nacional que dictó la sentencia a resultas del fallo del Tribunal europeo, si bien procesalmente no pudo entrar de manera directa a abordar esta cuestión, contenía ya algunas pistas relevantes en esta dirección, es decir, apuntando a una respuesta extensiva a otros supuestos. Este asunto sí que ha sido objeto ya de algún pronunciamiento de otro Tribunal Superior de Justicia, que con esa argumentación de carácter general ha entendido que la regla de la identidad indemnizatoria entre temporales y fijos resulta igualmente de aplicación respecto de los contratos para obra o servicio determinados[42].

---

[41] Por Todas, auto del TSJ, Galicia, de 2 de noviembre de 2016, recurso 2276/2016.

[42] SSTSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016, recs. 1690/2016 y 1872/2016; Galicia 30 de noviembre de 2016, AS 2016/1776.

Lo más relevante a estos efectos es que, de prosperar y consolidarse esta doctrina, devendrá de todo punto irrelevante a efectos indemnizatorios el procedimiento a través del cual haya de producirse la extinción de este tipo de contratos temporales, pues lo sea por vía de denuncia, de despido objetivo o de despido colectivo, la cuantía indemnizatoria en todos los casos será idéntica.

Conviene matizar que la Directiva europea como tal no reconoce el derecho a percibir una indemnización de 20 días de salarios por año de antigüedad, sino la cantidad que en las mismas circunstancias perciben los trabajadores fijos asimilados en caso de pérdida de su empleo. En el momento actual en el ordenamiento español esa cifra es precisamente la de 20 días, pero en otros ordenamientos nacionales europeos es diferente y no por ello su regulación es contraria a los imperativos derivados de la Directiva, pues en esos otros ordenamientos nacionales la cifra es idéntica a la que perciben los trabajadores fijos y con ello se respeta la Directiva. Queremos resaltar con ello que el legislador español cuando proceda de futuro a reformar la legislación nacional sólo tiene que fijar la indemnización contractual para estos casos en la medida en que sea la cuantía de la indemnización de los trabajadores fijos, pero si esta última por cualquier razón de política legislativa se altera será ésta nueva cifra la que deberá establecer para la extinción de los temporales. A estos efectos, resulta importante destacar la importancia del mandato también contenido en la Directiva, conforme al cual la aplicación de sus disposiciones no podrá constituir una justificación válida para la reducción del nivel general de protección "de los trabajadores en el ámbito cubierto" por la misma. Ello quiere decir que la correcta transposición de la Directiva no puede emplearse como excusa para empeorar las condiciones de los trabajadores cubiertos por la Directiva. Eso sí, a nuestro juicio, ello no fuerza a que la transposición correcta conforme al criterio del Tribunal de Justicia impida fijar cifras inferiores a los veinte días de salario por año de antigüedad, siempre que, insistimos, sea la misma cifra que la establecida para los trabajadores fijos. Ha de tenerse en cuenta que literalmente la regla impide la reducción de la cuantía indemnizatoria de los temporales, que son los trabajadores a los que se aplica la Directiva en cuestión, pero no impide la reducción de la cuantía indemnizatoria de los trabajadores fijos. En términos ejemplificativos, cualquier cifra indemnizatoria que se establezca para los interinos sería lícita, dado que hasta ahora el ordenamiento interno no contemplaba indemnización alguna, reiteramos siempre que sea la misma que para los fijos. Adelantándonos a lo que indicaremos a continuación, si llegamos a la conclusión de que el criterio del Tribunal de Justicia es extensible también a los temporales contratados para obra o servicio o bien como eventuales, si ellos también deben percibir la misma indemnización que los fijos, comoquiera que conforme a la normativa española tienen derecho a percibir 12 días de salario por año de antigüedad, el legislador que procediese a la correcta transposición podría establecer una cifra superior o inferior a los 20 días de salario por año de antigüedad, siempre que no fuese inferior a los 12 días, siempre que fuese la mis-

ma cantidad a percibir por los trabajadores fijos asimilables y siempre que fuese la misma cantidad a percibir por los interinos. Por cerrar el círculo argumental, en una proyección futura en el tiempo, en el escenario de que ya se hubiese producido la correcta transposición con identidad indemnizatoria entre temporales y fijos, ello tampoco congela la cuantía a percibir, por cuanto que a partir de ese instante otras razones de política legislativa permitirían su modificación de futuro, siempre que se respetase el único condicionante europeo: la pervivencia de la identidad indemnizatoria.

De otra parte, también es importante recordar que se trataba de un trabajador que prestaba servicios para la Administración Pública. Sin embargo, esta circunstancia no es tomada en consideración por parte del Tribunal europeo. Ello lleva a concluir que el criterio de la identidad indemnizatoria se establece por la jurisprudencia europea con independencia de que el empleador sea una Administración Pública o un empleador privado, pues la naturaleza pública o privada de quien ostenta aquella condición tampoco es elemento relevante ni es tenido en consideración por la sentencia que comentamos.

Eso sí, el hecho de que se trate de un empleador que al mismo tiempo ostenta la condición de Administración Pública evita plantear el problema de la aplicación directa de la Directiva en las relaciones entre particulares. Siendo una Administración Pública, la misma está obligada al respeto inmediato y automático de la interpretación del TJUE respecto de la identidad indemnizatoria y, por tanto, el Tribunal nacional sin mayor dificultad puede proceder a condenar al abono de la indemnización de referencia a la Administración. La posible duda se plantea, sin embargo, respecto de la hipótesis de que sea un empleador privado quien extinga un contrato temporal de estas características, en el sentido de que si también a él se le extiende la eficacia directa de la normativa europea, o bien ello requiere de la intermediación legal, en el sentido de que tan sólo le sería exigible a partir del instante en el que se hubiese producido la correcta transposición de la Directiva por el ordenamiento interno a resultas de la doctrina sentada por el TJUE.

Sobre este particular, una reciente sentencia del Tribunal Supremo, con una extensa argumentación sobre el alcance y significado del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, señalará que una de sus manifestaciones se refiere a su aplicación a la relación entre particulares (eficacia directa «horizontal») que, sin embargo, no puede predicarse de todo el Derecho de la Unión, sino sólo del "Derecho originario europeo", integrado, entre otros instrumentos normativos, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[43]. Teniendo presente esta doctrina y contemplando expresamente la citada Carta de Derechos Fundamentales la prohibición de "toda discriminación" (art. 21),

[43] STS de 8 de junio de 2016, rec. 207/2016.

probablemente, la cuestión de la posible proyección directa de la doctrina de la STJUE que comentamos a las relaciones entre particulares quede solventada en términos positivos, sin necesidad de acudir a razonamientos adicionales. Precisamente, tal es el criterio que ya ha defendido alguna concreta sentencia de un Tribunal Superior, procediendo también a extender de manera directa la identidad indemnizatoria entre temporales y fijos a la extinción de un contrato temporal que vinculaba a un empleador privado[44].

Para concluir, como ya hemos indicado, desde el punto de vista de los efectos jurídicos que provoca la sentencia De Diego Porras, el más relevante es que el mismo exige una ineludible reforma legal, que trasponga adecuadamente a nuestro ordenamiento la Directiva sobre contratación temporal, imponiendo el criterio de la identidad indemnizatoria entre temporales y fijos. No obstante, menos pacífico es el alcance concreto de esa reforma, que nosotros entendemos no sólo referible a los interinos, que deba consignarse con la denuncia contractual la indemnización debida, si deba incluirse o no el preaviso, etc. Aparte de que, como igualmente hemos apuntado, aunque sea reducido, al legislador español le cabe un cierto margen de decisión política en cuanto al concreto modo de efectuar la transposición de la Directiva, especialmente a la hora de fijar la cuantía exacta de la indemnización a percibir en importe idéntico por temporales y fijos.

Más allá de ello, lo que sí se puede realizar es una valoración de las consecuencias que en el plano de los efectos indirectos o de impacto sobre el mercado de trabajo podría provocar la obligada modificación normativa. A nadie se le escapa que las altas tasas de temporalidad de nuestro mercado laboral no encuentran parangón en el resto de los ordenamientos continentales, ni siquiera en países tan próximos a nuestro entorno y modelo como los de la Europa del sur. Hacer frente a tal realidad viene siendo una exigencia y requerimiento habitual de las altas instancias europeas. En este contexto, una reforma que aproximara el coste de la contratación temporal lícita con la ilícita (para la que en estos momentos se prevé una indemnización de 33 días de salario por año trabajado), de estar abocados a igualar la indemnización de los temporales a los fijos (que como hemos indicado en estos momentos es de 20 días de salario por año de servicio), podría determinar una diferencia de penalización entre la conducta legal e ilegal muy escasa, cuando no inexistente, en la práctica por los costes de transacción, de modo que al final acabe produciendo el efecto bumerán de incentivar el recurso a la contratación irregular temporal, pues las consecuencias a ello anexas no diferirían apenas de las aunadas al uso regular y lícito de la contratación temporal.

Así, pues, la respuesta vía la aproximación de costes extintivos entre contratación lícita e ilícita no es la solución más adecuada al problema de las altas tasas

[44] STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016, rec. 1872/2016.

de temporalidad de nuestro mercado laboral, dado que trata por igual a la contratación temporal justificada y a la abusiva, sin que ello constituya un auténtico desincentivo a esta última. A ello se añaden dos elementos más, que en ningún caso se ven atajados. De un lado, que la alta estacionalidad de ciertos sectores productivos de la economía española es la que provoca tasas elevadas de temporalidad, que en ningún caso se van a reducir porque se equipare la indemnización de temporales a los fijos. De otro lado, que no es casual que las sentencias del Tribunal Europeo hayan resuelto concretas situaciones de excesos en la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas, que la experiencia nos demuestra que no se atajan por medio de sanciones económicas. A nuestro juicio, una respuesta más apropiada sería la que descansara sobre la premisa de establecer un régimen de intensa separación de tratamiento entre la contratación temporal justificada y la abusiva, con amplia permisión de la primera y contundente penalización de la segunda. En paralelo, debe acometerse la necesaria reorientación de nuestro modelo económico hacia un patrón de crecimiento basado en la innovación y la productividad, que fomente empleos más estables y desincentive la precariedad laboral; y sin olvidar la necesaria reestructuración del empleo público, donde las Administraciones Públicas adopten criterios de gestión de su personal mucho más racionales y que rompan con las lógicas perversas que desembocan en un abuso en su seno, también, de la contratación temporal.

Desde otra perspectiva, ligada a opciones de política legislativa y a la que no han resultado ajenos algunos comentarios inmediatos del pronunciamiento, no cabe duda de que, con todos los matices y salvedades que se quieran, la Corte europea viene a dar un fuerte empuje a la fórmula de un contrato único como fórmula a generalizar en nuestro mercado de trabajo, en la medida en que, de un lado, iguala las indemnizaciones entre temporales y fijos, al propio tiempo que convierte casi en irrelevante a efectos prácticos la revisión judicial de la licitud o ilicitud de los contratos temporales.

EL CONTRATO TEMPORAL EVENTUAL, LA QUIMERA DE LA CAUSA

SOFÍA OLARTE ENCABO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.
2. CONFIGURACIÓN CONCEPTUAL DEL CONTRATO EVENTUAL.
3. LA DURACIÓN DEL CONTRATO EVENTUAL.
4. EL PAPEL REFORZADOR DE LA CAUSALIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
5. LA APLICACIÓN AL CONTRATO EVENTUAL DE LAS DISPOSICIONES COMUNES DE LOS CONTRATOS TEMPORALES.

1. INTRODUCCIÓN

Decir que la contratación temporal es objeto de culto en nuestra tradición empresarial, resulta hoy casi superfluo, de la misma manera que afirmar que la extraordinaria tasa de temporalidad constituye el principal factor diferencial de nuestro mercado de trabajo respecto de la mayor parte de los Estados miembros occidentales de la UE. Sin embargo, no por obvio y suficientemente conocido deja de generar perplejidad, ya que nuestro texto constitucional consagra el principio de estabilidad en el empleo y por tanto, entre otros elementos del régimen contractual laboral, la contratación temporal debiera ser excepcional y, en todo caso, justificada en la existencia de una causa que fundamente el recurso a la contratación temporal. Es lo que conocemos como contratación temporal estructural, a la que se enfrenta o contrapone la contratación temporal coyuntural o no causal cuyo, fundamento último radica en la necesidad de fomentar el empleo en situaciones críticas o en relación a colectivos con dificultades de colocación muy cualificadas –jóvenes, personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social-. El desfase entre realidad y norma no puede ser más amplio y el contrato de trabajo común –indefinido- acaba siendo el menos común de los contratos laborales que se celebran[1]

En efecto el art. 15.1 del ET al referirse al tiempo en el contrato de trabajo, aunque en su primer inciso, parece colocar contratos temporales y contratos indefinidos en pie de igualdad, en realidad no establece una opción ni deja libertad al empresario para elegir este elemento "accidental" del contrato, sino que, simplemente, enumera las dos posibilidades de contratación laboral en función de su duración. Es, sin embargo, el segundo inciso de dicho art. 15.1 ET el que establece de forma cerrada los supuestos en los que se admite la contratación temporal, y lo hace, no *ad exemplum*, sino como enumeración cerrada o *numerus clausus*. Que ello sea así, no impide la existencia de otras modalidades de contratación de carácter temporal, ya que esas otras modalidades son de tipo coyuntural y en ellas subyacen razones relacionadas con el fomento del empleo de colectivos más o menos vulnerables. Es cierto que la redacción del art. 15.1 ET anterior a la reforma de la Ley 11/1994 era mucho más contundente, al establecer que "*el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido"*, sin embargo, tal y como mantiene la jurisprudencia –por todas, vid. STS de 16 de abril de 1999 (A 4424), no hay duda de que los contratos temporales no son de libre disposición para los empresarios, que sólo podrán contratar temporalmente en los supuestos previstos en la ley.

[1] Vid., críticamente, BAYLOS GRAU, A.: "El derecho al trabajo como derecho constitucional", Cuadernos de Derecho Judicial, nº 21, 2003.

La afirmación anterior, la configuración restrictiva de las modalidades de contratación temporal en nuestra legislación, se fundamenta no solo en el tenor literal de dicho precepto, sino que se desprende del conjunto de disposiciones comunes relativas a los contratos temporales (art. 15.2 a 8 ET), en las que se impone la conversión como contrato indefinido en supuestos en los que se produce un uso abusivo o un incumplimiento legal grave. En definitiva, el marco jurídico-positivo pretende tutelar el principio de estabilidad en el empleo, como contenido del derecho al trabajo del art. 35.1 CE, porque, aunque se haya consagrado y avanzado en la consecución del principio de igualdad entre trabajadores indefinidos y temporales, lo cierto es que la estabilidad en el empleo sigue siendo el *prius* para que gran parte de las garantías y derechos laborales y de protección social alcancen efectividad, más allá del texto de la norma, en la realidad de estas relaciones.

Junto a la figura de la conversión contractual –de temporal en indefinido o fijo-, es claro que el legislador afronta la lucha contra la contratación temporal, que se desarrolla más allá de los límites de la ley, a través de la rigurosa delimitación de la causa habilitante. Sin embargo, y pese a los innegables esfuerzos por avanzar en una más precisa acotación[2] –de la jurisprudencia, la doctrina judicial, la doctrina científica y el legislador- , lo cierto es que los resultados siguen siendo desalentadores. Frente a esta situación se han explorado otras alternativas como la instauración del denominado "contrato único", que finalmente no se ha adoptado y, todo lo más, se habla de la necesidad de una simplificación del cuadro de modalidades contractuales.

Las cifras hablan por sí solas de la insatisfactoria situación y, sólo por aportar algún dato concreto, según el Consejo Económico y Social en su Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2016 podemos resumir el estado de la cuestión en los siguientes aspectos:

-Aunque en 2016 se ha incrementado el número de contratos de trabajo (un 7,6% más que en 2015) y pese al mayor aumento de los contratos indefinidos frente a los temporales, éstos últimos representan el 91,4% del total.

-La estructura de la contratación es hoy muy similar a la existente con anterioridad a la crisis de 2007, aun con un mayor peso de los contratos temporales frente a los indefinidos.

[2] Es muy ilustrativo de la importancia que la doctrina y jurisprudencia han dado a la delimitación de la causa de la contratación temporal, entendida como delimitación del supuesto de hecho habilitante de dicha contratación, Roldán Martínez, A., que llega a plantear que la esta delimitación tiene como función, incluso configurar y delimitar el contrato indefinido, vid. "La contratación estructural de duración determinada: su justificación", en Relaciones Laborales, t. I, 2008, pg. 424.

-Se consolida la tendencia en los contratos temporales a una menor duración medida – ininterrumpida desde hace diez años-, lo que se explica en los cambios en la composición sectorial del empleo

-Como en años anteriores, en 2016 el contrato temporal que más creció fue el eventual, que representa el 11,9% de los contratos, frente al 5,2 de los contratos de obra o servicio determinado. Es más, el contrato eventual representa el 43% del total de contratos laborales –el de obra el 39%- , mientras que el de interinidad apenas creció en 2016 un 0,6% y los formativos con un claro retroceso del de formación y aprendizaje y un crecimiento desacelerado respecto a 2015 del contrato en prácticas y, finalmente un crecimiento sostenido del contrato de apoyo indefinido. De todo ello se desprende que el contrato eventual por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos es el contrato más utilizado y, entre todos los contratos temporales, el de menor duración media –la mitad de ellos tienen una duración de un mes o menos-

-En todos los contratos de trabajo, temporales e indefinidos, avanza el contrato a tiempo parcial claramente por encima de la contratación a jornada completa.

A partir de estos datos, el CES concluye que, para incrementar la contratación indefinida y el empleo estable "quizá" sea necesario adoptar estrategias más amplias que el mero fomento de la contratación indefinida. Qué quiere señalar el CES cuando hace esta recomendación en tono dubitativo no es difícil de adivinar, pero si no se hace de una forma más directa es porque aún no se ha llegado a formular una propuesta completa dirigida a la ordenación de la actividad económica.

El título que he dado a este trabajo pretende precisamente llamar la atención de este problema, que no es otro que evidenciar que, pese a la focalización de todos los esfuerzos en avanzar en la definición, con la mayor precisión posible, de la causa de esta modalidad contractual, el contrato eventual por circunstancias del mercado, los resultados son desalentadores porque el predominio del contrato eventual no se explica solo en su uso abusivo, sino en las propias características de nuestra estructura productiva, la inestabilidad de los mercados y la velocidad de vértigo de los cambios tecnológicos. A través de este trabajo destacaremos los progresos y las dificultades en el proceso de concreción de la causa habilitante del contrato eventual, porque es éste, más que ningún otro elemento de su régimen jurídico, el que mayores problemas aplicativos plantea y el que más se pone en juego el principio de estabilidad que pretendidamente quiere tutelar la ley. Si hacemos un seguimiento de los estudios doctrinales y la jurisprudencia sobre esta modalidad, se concluye que este es el aspecto más crítico, porque las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos son situaciones

difícilmente aprehensibles en abstracto, siendo la metodología del caso, la que va permitiendo una acotación cada vez más precisa Junto a ello se analizan los esfuerzos de legislador y la negociación colectiva en estabilizar el empleo y sus resultados.

Pero como ya he anticipado, junto a la cuestión jurídica –precisar los supuestos para los que la ley prevé el contrato temporal eventual-, la vertiente económica tiene un papel determinante en la tendencia, porque la alta tasa de contratación no se explica sólo por un uso abusivo –que excede del supuesto legal- sino por el tipo de tejido empresarial, la alta inestabilidad de los mercados y la velocidad de los cambios tecnológicos. Razón por la que, ni la más perfecta definición de la causa, ni los mecanismos legales de conversión ni, tampoco, las previsiones de los convenios para reducir la temporalidad, evitarán que los empresarios sigan acudiendo a este tipo de contrataciones masivamente. De ahí que haya subtitulado este trabajo como la quimera de la causa.

2. CONFIGURACIÓN CONCEPTUAL DEL CONTRATO EVENTUAL

El contrato temporal eventual es una modalidad de contratación temporal plenamente arraigada que cuenta con una larga tradición en nuestro ordenamiento y cuyo régimen jurídico ha experimentado relativamente pocos cambios. Junto con el contrato de trabajo para obra o servicio determinado, son los dos contratos de duración determinada más clásicos de nuestra historia normativa. Es cierto que si nos remontamos en la historia, a la etapa previa al nacimiento del Derecho del Trabajo, es claro que los Códigos Civiles preconizaron la prohibición de la contratación indefinida por su proximidad a la servidumbre, siendo el Código Civil de 1870 el primero que no la prohibía [3] . El Código de Trabajo de 1926, tributario de la influencia civilista aún no consagró la preferencia por la contratación indefinida, a diferencia de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, cuyo artículo 76, establecía la prórroga tácita por tiempo indefinido en defecto de denuncia. Sin embargo, la figura del contrato eventual se reguló en este período por normas reglamentarias sectoriales –las Reglamentaciones Nacionales del Trabajo-. La Ley de Relaciones Laborales de 1976 consagró la preferencia por la contratación indefinida, casi en los mismos términos que la Ley italiana 230/1962 y, en lo que aquí interesa reguló expresamente el contrato eventual –art. 15-1 b) LRL- si bien remitía su duración a las entonces vigentes Ordenanzas laborales. En definitiva

[3] La desconfianza en esta etapa hacia la contratación indefinida y la preferencia por la contratación temporal ha sido detenidamente estudiada en nuestra doctrina. Vid., por todos, Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* 6ª ed, Tecnos, 1989, pp. 67 y 68 y De La Villa Gil, L.E: " Nuevas Reglas sobre duración de los contratos de trabajo", en De La Villa Gil, L. (Coord.), R*eforma de la legislación Laboral, estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 109.

estamos ante una modalidad contractual laboral muy estabilizada, siendo impensable, en el actual contexto normativo y socio-económico, su supresión.

El régimen jurídico vigente está contenido en el art. 15.1.b , disposiciones comunes de los contratos temporales contenidas en los apartados 3,4,5 del art. 15 del ET, el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, la Ley de Empresas de Trabajo Temporal y los convenios colectivos estatutarios, a los que remite el art. 15 ET.

El art. 15.1 b) establece que se permite la contratación temporal "cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa", en los mismos términos que el art. 3 del RDCT. La "causa" o supuesto de hecho habilitante de esta modalidad contractual consiste en la existencia de una necesidad temporal o transitoria de mano de obra o trabajo que exige a la empresa un incremento ocasional de su plantilla, es decir, se produce una correspondencia entre contratación temporal y necesidad temporal de mano de obra, como señalaba la STS de 21 de diciembre de 1990 (A. 9821). A sensu contrario, el contrato eventual no puede concertarse para atender trabajos ordinarios, estables o permanentes, sino que, necesariamente, han de ser, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, de trabajos coyunturales por diversas circunstancias productivas o del mercado. Por tanto, ha de darse un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa que no puede ser atendido con la plantilla, no siendo razonable, por su excepcionalidad, un aumento del personal fijo (STS de 20 de marzo de 2002, A.2010 y STS de 6 de mayo de 2003, A. 3087). O, en otros términos, se precisa un desequilibrio o desajuste entre la plantilla existente en la empresa y la actividad a desarrollar de carácter transitorio (SSTS de 21 de abril de 2004, A. 2595 y de 5 de mayo de 2004, A.3012), que bien puede consistir en un trabajo o actividad ordinaria de la empresa que experimenta un incremento coyuntural, o bien, actividades distintas o nuevas pero de carácter transitorio. Por tanto, no es legal celebrar un contrato eventual para cubrir necesidades permanentes de las empresas (STS de 17 de octubre de 2006, A. 6925), siéndolo, por ejemplo la creación de una nueva línea en la empresa Transmediterránea, aunque no se tenga certeza de su consolidación (STS de 9 de marzo de 2010, A. 1529).

La exigencia de una "causa" o supuesto de hecho, en los términos señalados ha de concurrir en el momento de la contratación, pero no se exige una coincidencia total entre la duración del contrato y la duración de esta circunstancia habilitante, al menos no de forma total. Esto se traduce, en una serie de requisitos como la necesidad de justificar la causa en el momento de la contratación, no siendo subsanable dicho defecto durante la prórroga (STS de 13 de julio de 2009, A.5484) y la de establecer necesariamente el término final (STS de 4 de febrero de 199, ROJ 674/1999)

En relación con la causa que habilita la celebración del contrato eventual, se plantean algunos problemas de delimitación respecto de otra modalidad de contratación indefinida. Nos referimos al contrato para trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo, ya que en muchas ocasiones, lo coyuntural es meramente aparente, ya que estaríamos ante trabajos que se reiteran por ciclos o por temporadas, En este sentido el TS ha establecido un criterio interpretativo bastante claro señalando que cuando los trabajos objeto de análisis se reiteren por temporadas o por ciclos –hemos de entender tanto fijos periódicos y discontinuos- no es lícita la contratación eventual (STS de 17 de diciembre de 2001, A. 9881.

El uso del contrato eventual en las Administraciones Públicas, ciertamente en incremento, ha generado numerosas dificultades interpretativas, derivadas de la difícil traslación de la definición legal del motivo o causa del contrato eventual al empleo público, ya que éste no se ve afectado por circunstancias del mercado. Ello ha determinado que haya sido la jurisprudencia del TS la que haya desempeñado un papel de excepcional importancia en orden a la aplicación de la modalidad aquí analizada, controlando eventuales usos excesivos o abusivos. Del análisis de dicha jurisprudencia podemos extraer algunos de los criterios más importantes, para, de ellos hacer una valoración crítica.

La doctrina del TS ha sido cambiante y polémica en relación con la licitud de la contratación eventual para atender la insuficiencia de plantilla en la Administración pública. Es cierto que ha fallado en muchas ocasiones en contra de su licitud desde la STS de 23 de mayo de 1994 (aun contradicha por otras del mismo período), criterio que volvió a mantener en la STS de 31 de marzo de 2000 A. 2646, reconociendo el carácter indefinido a trabajadores del Instituto Catalán de Salud y que mantuvo en la STS de 9 de julio de 2001, A. 5940 , en relación al mismo organismo. Sin embargo, lo cierto es que ha acabado por adoptarse un criterio contrario, más flexible, admitiendo la licitud de la contratación eventual para tender la insuficiencia de plantilla, tal como ha reiterado la STS de 16de mayo de 2005, A. 3123

El TS ha admitido que sea una "acumulación de tareas" en el sentido del art. 15.1 b) del ET la contratación eventual para cubrir bajas generalizadas de empleados públicos y para cubrir el trabajo dejado de realizar o por la instauración de una reducción de jornada generalizada establecida por convenio colectivo, tal y como ha reconocido la STS de 13 de febrero de 2006, A.1116.

También es criterio jurisprudencial la admisión del contrato eventual para atender la insuficiencia de plantilla que comporta la acumulación de tareas, tal y como en Correos y Telégrafos ha admitido recientemente la STS de 12 se septiembre de 2017 (ROJ 3317/2017) y la de 20 de junio de 2017 (ROJ 3215/2017), en la misma línea flexibilizadora de la causa habilitadora de este contrato temporal en el sector y el empleo público.

Reconociendo que las Administraciones Públicas tienen sus propios procedimientos para la cobertura de vacantes, derivados de un régimen jurídico mucho más rígido que las empresas y que tienen que atender necesidades de servicio de forma inmediata, se puede entender la doctrina del TS favorable a la licitud de la contratación eventual por las Administraciones Públicas, sin embargo, sería preciso proceder a dejar sentados criterios más claros y precisos, no dando por válida cualquier justificación, pues lo contrario, la total laxitud, produce el efecto indeseado de la contratación abusiva e instauración de modelos o culturas propias de la empresa privada, pero ajenos a las Administraciones Públicas cuyo rasgo diferencial siempre ha sido la estabilidad en el empleo

3. LA DURACIÓN DEL CONTRATO EVENTUAL

El contrato eventual no tiene establecida una duración mínima, pero sí una duración máxima, que se explica por la propia nota de excepcionalidad y transitoriedad inherente a su configuración conceptual Dicha duración máxima está determinada, en primer lugar, por una doble fuente reguladora, que limita la libre autonomía de la voluntad: la ley y el convenio colectivo sectorial Y, en segundo lugar, por un triple módulo temporal: momento en el que puede realizarse la contratación eventual, duración máxima del contrato y período dentro del cual puede concertarse.

Por este orden, procedemos en primer lugar a analizar la fuente de regulación. Es la ley la que establece un mandato imperativo y, a la vez, un mandato dispositivo para la negociación colectiva, que, además es selectivo, ya que sólo se deja margen de disposición a los convenios colectivos sectoriales estatales o de ámbito inferior.

La parte imperativa del mandato se refiere, en primer lugar, a la duración máxima general –esto es, salvo previsión convencional-, que es seis meses en un período de referencia de doce meses. Junto a dicha previsión, la norma admite la excepción de superación de dicho máximo general mediante convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, de ámbito inferior que podrá establecer tanto una duración superior como un período dentro del cual pueden efectuarse estas contrataciones más amplio, lo cual deberá estar motivado en "atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir", lo que, en realidad se refiere a la particularidad sectorial y su ciclo productivo. Pero la ley no deja a los convenios colectivos sectoriales plena libertad, ya que para ellos el ET establece como tope máximo de duración, las tres cuartas partes del período de referencia, siempre que no se supere en ningún caso los doce meses y como duración máxima de dicho período de referencia, dieciocho meses. Y, como advertíamos, el margen de disponibilidad que la norma legal deja en manos de la

autonomía colectiva, es de carácter selectivo, en cuanto, excluye tanto el resto de convenios colectivos estatutarios –de empresa, de centro de trabajo, franja o de grupos de empresa-, como los convenios colectivos extraestatutarios, según nuestra jurisprudencia[4], y otros productos de la autonomía colectiva negocial –pactos y acuerdos colectivos de empresa o acuerdos de descuelgue-.Los convenios sectoriales podrán establecer duraciones máximas y períodos de referencia mayores, pero en ningún eliminar los máximos generales ni imponer una duración mínima, ya que estos son elementos de régimen legal de carácter imperativo.

El inicio[5] del período dentro del cual se pueden celebrar estos contratos coincide con el del acaecimiento de la causa productiva o de mercado que lo justifique. Sin embargo, no tiene que darse una plena coincidencia, ya que lo único que exige la norma es que la contratación eventual se efectúe dentro del período de 12 meses desde que se produjo la circunstancia habilitante, lo que en teoría permitiría concertar un contrato eventual a los doce meses menos un día de haberse generado la necesidad excepcional y transitoria de incremento de plantilla. En ningún caso, sin embargo, sería válido como contrato eventual el concertado con anterioridad, salvo que se trate de pocos días en cuyo caso algún pronunciamiento judicial ha admitido una flexibilidad mínima.

Junto al momento de celebración y la duración máxima, otros elementos temporales de vital importancia en el régimen jurídico de estos contratos son la prórroga y la extinción.

Sobre la prórroga, esta modalidad se caracteriza porque, por expresa previsión legal, solo se admite una prórroga, además, sólo en el caso de que el contrato hubiera sido concertado por una duración inferior a la máxima. Además, se exige que la prórroga se adopte por acuerdo expreso de las partes del contrato y que la duración total del contrato –resultante de la suma de la duración inicial más la de la prórroga- supere el máximo legal o convencional, de modo que, cuando se supere dichos topes en virtud de prórrogas sucesivas, el contrato eventual se considera celebrado en fraude de ley y, por tanto, operará la conversión en contrato indefinido[6]. Por último, la extinción del contrato eventual no se produce por la simple llegada del término sino que se impone la denuncia expresa.

[4] Cfr. SSTS de 17, 18 y 20 de noviembre de 2003 y de 19 de enero de 2004

[5] Cfr. sobre la imposibilidad de eliminar los topes máximos generales, por todas, la STS de 27 de julio de 1993.

[6] Vid. SSTS de 27 de julio de 1993 y de 23 de diciembre de 1993.

4. EL PAPEL REFORZADOR DE LA CAUSALIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

No nos vamos a referir aquí al papel de los convenios colectivos en la determinación de la duración máxima y del período dentro del cual pueden realizarse contratos eventuales, lo que ha sido analizado ya con anterioridad en el apartado sobre su duración. Tampoco a las llamadas a la negociación colectiva previstas respecto a todos los contratos temporales, contenidas en las denominadas "disposiciones comunes", ya que son estudiadas específicamente en el apartado siguiente. Las reflexiones que se exponen en este apartado son las relativas a las posibilidades de la negociación colectiva de limitar el uso y abuso, específicamente, de esta modalidad contractual temporal estructural, ya que hay un empeño legal en implicar a los agentes sociales en estos fines.

Por un lado el párrafo tercero del art. 15.1.b) establece que por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales. Se trata de una previsión, a diferencia de la relativa a la ampliación de la duración, no selectiva, o abierta, ya que, en principio cualquier convenio colectivo estatutario, sea cual sea su nivel, podrá incluir este tipo de cláusulas. Incluso cabría pensar en la admisión de que un convenio extraestatutario pudiera contener estas previsiones. Pero igualmente abierta es la redacción en cuanto a lo que se puedan considerar "actividades" en las que se puedan contratar trabajadores eventuales, lo que permitiría cualquier forma de limitación –como puestos de trabajo, secciones, actividades, grupos profesionales..-

Por otro lado, a continuación, en el mismo párrafo, el artículo 15.1. b) establece que los convenios podrán fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa. En este caso, también con una redacción abierta o no selectiva, la ley se refiere a otra vía de limitación de carácter directamente cuantitativa o numérica, de forma que los convenios podrían fijar, bien, tantos por ciento máximos en relación con la plantilla de trabajadores totales o fijos, bien un número máximo de eventuales por número de trabajadores existentes en la empresa, general o mediante una tabla en función de la dimensión de la empresa.

En estas previsiones de impulso o fomento del papel regulador del convenio colectivo, late la voluntad legal de orientar e implicar a los agentes sociales tanto en el freno de la contratación eventual abusiva o en fraude de ley como en la mayor delimitación de los supuestos en que las empresas pueden acudir a la contratación eventual. De esta manera, en otras palabras, el legislador parece reclamar a la autonomía colectiva un papel, a la vez, limitativo, preventivo y especificador, en ningún caso ampliador, incentivador ni flexibilizador, imponiendo así la ley

sus opciones de política jurídica a los agentes sociales, lo que ha determinado, en algunos casos, que se declararan nulas cláusulas de convenios colectivos de signo inverso al diseñado por la norma.

5. LA APLICACIÓN AL CONTRATO EVENTUAL DE LAS DISPOSICIONES COMUNES DE LOS CONTRATOS TEMPORALES

Aunque los elementos del régimen jurídico a los que me refiero a continuación no son específicos del contrato eventual, sino que se refieren, igualmente, al contrato por obra o servicio determinado y al contrato de interinidad, lo cierto es que forman parte también del régimen jurídico del eventual y tienen, además, una fuerte incidencia en el mismo, a la vista de la gran cantidad de sentencias sobre estas reglas en los contratos eventuales. Es por ello por lo que he considerado necesario hacer algunas reflexiones valorativas al respecto.

Lo que, por la tradición normativa y la propia sistemática legal se denominan "disposiciones comunes a los contratos temporales", son las reglas establecidas en los apartados 2 a 8 del artículo 15 ET. Todas ellas se pueden agrupar, siguiendo un criterio teleológico o finalista en tres grupos grupos: de una parte, las que se refieren a la conversión en indefinidos de los contratos eventuales por incumplimientos legales o uso excesivo, de otra parte las preventivas de la contratación abusiva e incentivadoras de la transformación en contrato indefinido y, finalmente, las que se dirigen a garantizar los derechos de los trabajadores temporales y el principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores temporales y trabajadores indefinidos.

5.1. Conversión contractual por incumplimiento legal o uso excesivo

La conversión del contrato temporal en contrato indefinido por incumplimientos legales se prevé en los siguientes supuestos:

-Conversión *light*: en caso de falta de alta del trabajador en la Seguridad Social (art. 15.2 ET y art. 9.2 del RDCT,). La técnica legal de conversión contractual se puede caracterizar de débil o *light* en la medida en que la misma se configura de forma doble y acumulativamente condicionada, de un lado a que se haya superado un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el período de prueba (lo que no es presumible, ya que su introducción es potestativa para las partes), por lo tanto, el retraso de unos días, incluso 15 o 30 días no daría lugar a la conversión contractual, pudiendo, no obstante, los convenios colectivos mejorar esta previsión legal reconociendo la condición de fijo transcurrido un período de 10 días[7]; y, de

[7] Vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de octubre de 2009, rec. 810/2009

otro, la conversión se condiciona por la ley a que no se pruebe la naturaleza temporal de las actividades o de los servicios contratados, es decir, que se admite prueba en contrario –y ello aun cuando hubiera transcurrido el plazo que hubiera podido fijarse como período de prueba. Esto supone que solo si no se prueba la temporalidad de los servicios operará la conversión contractual prevista, pudiendo, por tanto, el empresario probar la temporalidad para evitar que opere la conversión. Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar en derecho –sanciones, cotizaciones, recargos y eventual responsabilidad empresarial en orden a prestaciones de la Seguridad Social-.

-Conversión "fuerte": la conversión en indefinido se prevé cuando el contrato temporal se ha efectuado en fraude de ley (art. 15.3 ET), de la misma manera que se contempla para los contratos formativos. En este caso se está ante una conversión automática, que no admite prueba en contrario, de modo que la extinción por llegada del término se califica sin más de despido procedente, según reiterada jurisprudencia. No obstante para que opere esta previsión legal es preciso que se califique como fraude de ley la contratación temporal, es decir, es preciso, que a juicio del órgano que enjuicia se constate que se utilice una modalidad contractual para una finalidad diferente de la prevista en la norma, eludiendo sus previsiones, dando lugar a un resultado antijurídico, a saber, que se haya concertado un vínculo contractual temporal para atender necesidades permanentes de la empresa Y aquí reside el problema, porque será el trabajador que alegue la existencia de fraude de ley quien tenga que probar la naturaleza indefinida de la prestación o actividad, puesto que el fraude de ley no se presume (STS de 16 de febrero de 1993 (ROJ 12976/93). La aportación de la jurisprudencia es clave para identificar supuestos que se consideran o no fraude de ley.

Como supuesto calificado por la jurisprudencia de fraudulento en varias ocasiones destaca la celebración de contrato por obra o servicio determinado o, incluso de interinidad, en lugar del contrato eventual, para eludir las previsiones de éste sobre duración máxima, tal y como se pronuncian, entre otras, las SSTS de 19 de enero de 1999 (ROJ 129/99), de 26 de octubre de 1999 (ROJ 6712/99) y de 6 de mayo de 2003 (ROJ 3087/2003). Irrelevante, sin embargo, es un mero error en la denominación de la modalidad que corresponde en los casos en que sí se ha aplicado el régimen jurídico previsto al efecto, en cuyo caso se trataría, según la jurisprudencia, de un mero error formal. Así, por ejemplo, la contratación mediante interinidad en lugar de contrato eventual para cubrir ausencias por vacaciones, respetando el régimen del contrato eventual y no superando el tope máximo, se considera un mero error formal (STS de 15 de febrero de 1995 (ROJ 799/95).

Otro problema en torno al fraude de ley especialmente polémico y recurrente ha sido el relativo al encadenamiento de contratos temporales, respecto del

que la jurisprudencia y la doctrina científica han aportado criterios clarificadores sobre los supuestos que han de considerarse fraudulentos o no. En principio, la contratación temporal sucesiva o encadenada no es calificada per se, ni automáticamente como un supuesto de fraude de ley en todos los casos, ya que es posible que cada uno de los contratos sucesivos cuente con una causa distinta que se corresponda con la modalidad contractual temporal que se acoja y aplicando el régimen jurídico que le corresponde legalmente En estos casos, salvo que se superen los límites establecidos en el apartado 5 del art. 15 ET, no cabe aplicar la conversión contractual. En el caso contrario, cuando todos o alguno de los contratos sucesivos incurre en fraude de ley, sí se produce una conversión que afecta a la cadena a partir del contrato fraudulento. No obstante, para que se entienda que hay una cadena contractual, la jurisprudencia exige que el contrato sucesivo se celebre sin solución de continuidad, esto es, que no hayan transcurrido más de veinte días hábiles entre uno y otro, ya que este es el plazo de caducidad de la acción por despido[8]. En algún caso se admite la existencia de cadena una contractual, aun cuando entre uno y otro contrato hayan transcurrido más de veinte días, cuando se aprecie la denominada "unidad esencial del vínculo", esto es, cuando es evidente la existencia de dicho encadenamiento fundada en circunstancias tales como la identidad o uniformidad de las tareas realizadas por el trabajador, la inmediatez o la prolongada duración total de la prestación de servicios[9] En función de ello, se estima que hay contratación en cadena fraudulenta de la que se deriva la conversión contractual, siempre que, una vez examinados los contratos sucesivos, entre ellos no medien más de veinte días y alguno de ellos se haya concertado al margen de las previsiones legales, mientras que si se supera dicho plazo de veinte días, lo que se ha de valorar es la existencia de dicha "unidad esencial" del vínculo contractual[10]

En estos supuestos, la extinción por llegada del término no es admisible, considerándose que se produce un despido improcedente, calculándose la indemnización por la totalidad del tiempo que ha transcurrido desde el inicio de la cadena de contratos sucesivos, incluyéndose, en su caso las puestas de disposición por empresas de trabajo temporal, tal y como ha reconocido, con criterio invariable el TS desde su Sentencia de 15 de noviembre de 2007, ROJ 7690/2007.

Por último es importante traer a colación que en los supuestos de encadenamiento de contratos temporales sucesivos, hay una vertiente de extraordinaria trascendencia social y económica, la prestacional en el ámbito de la Seguridad

[8] Lo que la jurisprudencia fundamenta en que si el trabajador adquiere la condición de fijo tras la concertación de un contrato en fraude de ley, admitir la validez del siguiente contrato temporal comportaría una renuncia del trabajador a un derecho indisponible, el derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo. Por todas, más recientemente, vid. STS de 6 de marzo de 2009, ROJ 1339/2009.

[9] Vid., por todas, la STST de 29 de marzo de 1993, ROJ 2098/1993, que inicia este criterio.

[10] A título ilustrativo, vid. la STS de 27 de febrero de 2007, ROJ 2064/2007.

Social. Más concretamente el cobro indebido de prestaciones por desempleo. Por ello, para un más intenso control del fraude en la percepción de este tipo de prestaciones –incluso, a veces, con connivencia entre el empresario y el trabajador, se simultanean la percepción de prestaciones por desempleo con la prestación de servicios retribuida- , la LRJS –art. 147.1- establece que la Entidad Gestora de la prestación por desempleo, cuando constate que en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones, el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios temporales con una misma empresa, podrá dirigirse de oficio a la autoridad judicial demandando que el empresario sea responsable del abono de las mismas, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal, en el caso de que la contratación temporal fuera abusiva o fraudulenta, así como la condena al empresario a la devolución de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes. Se trata de una "demanda" de oficio, cuyo valor, más allá del no desdeñable económico-restitutorio, es claramente disuasorio de este tipo de contrataciones temporales fraudulentas.

-Otro tipo de conversión del contrato temporal en indefinido es el que podemos denominar "conversión por "arraigo". A diferencia de los supuestos anteriores, este supuesto de conversión *ex lege,* previsto en el apartado 5 del art. 15 ET, que juega, además, independientemente de las previsiones anteriormente analizadas, no se basa en ningún tipo de incumplimiento de la ley, sino en los efectos indeseados y desproporcionados del exceso de temporalidad. El precepto dispone la conversión en indefinido de los contratos de aquéllos trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses con o sin solución de continuidad (a diferencia de lo que hemos visto sucede en los contratos encadenados o sucesivos), para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupos de empresas, mediante dos o más contratos temporales –de la misma o diferente modalidad contractual-, y sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajado temporal La conversión de trabajador temporal en trabajador fijo opera aquí de forma total y absoluta por el mero transcurso del tiempo legalmente fijado –más de veinticuatro meses en un período de treinta-, siendo, irrelevantes tanto la o las modalidades contractuales empleadas, la actividad desempeñada o puesto de trabajo, que hayan sido empleados directamente o a través de un contrato de puesta a disposición con una ETT o de si ha contratado por una empresa u otra dentro del grupo de empresas o si ha habido una subrogación o sucesión empresarial por disposición legal o convencional.

Es una conversión "por arraigo" cuya vigencia es formalmente transitoria, ya que la disposición transitoria quinta del ET limita temporalmente la aplicación de esta previsión legal, que, en primer lugar, sólo es aplicable a los contratos celebrados a partir del 18 de junio de 2010, mientras que a los suscritos con anterioridad a dicha fecha, a los efectos del cómputo del número de contratos, les

sigue siendo aplicable lo dispuesto en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el (siempre que éstos se hubieran concertado a partir del 15 de junio de 2006, ya que si se celebraron con anterioridad les será aplicable lo previsto en el art. 15.5 ET vigente a 15 junio de 2016). Además, en segundo lugar, se excluye tanto del cómputo del plazo de veinticuatro meses, como del período de treinta meses, el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, haya existido o no prestación de servicios entre dichas fechas, pero computándose, por el contrario, los períodos de prestación de servicios anteriores y posteriores a dichas fechas.

Otro aspecto limitativo de la aplicación de esta conversión contractual, se refiere a las modalidades contractuales temporales a considerar en el cómputo de los doce meses, ya que no se tienen en cuenta a los efectos de este cómputo ni los contratos formativos –sean de formación y aprendizaje o en prácticas-, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, ni, finalmente a los contratos temporales que sean utilizados por empresas inserción debidamente registradas y cuyo objeto contractual sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado. Exclusiones que determinan que, realmente, la previsión legal juegue únicamente, en la práctica, solamente en el caso de contratos eventuales y por obra o servicio determinado. Pese a ello, si se produjera una contratación temporal de las modalidades excluidas del cómputo en fraude de ley, eludiendo el contrato eventual –o por obra y servicio-, no se aplicaría la exclusión para el cómputo total (STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2013, rec. 1556/2013); no obstante, considero que, más que exclusión del cómputo se produciría una aplicación de la conversión por fraude de ley y doctrina de la contratación encadenada, ya analizada.

Finalmente, la conversión "por arraigo", aunque opera automáticamente por transcurso del tiempo, se acompaña de una garantía formal que se traduce en el establecimiento de una obligación empresarial de facilitar al trabajador un documento justificativo de su nueva condición de trabajador fijo, establecida en el apartado 8 del artículo 15 ET, que de esta forma complementa la previsión del apartado 5 -y del 15.1 a) del contrato por obra o servicio determinado- Esta obligación empresarial tiene un plazo de diez días computables desde el día siguiente al cumplimiento de los plazos indicados y en dicho documento escrito el empresario deberá acreditar la condición de trabajador fijo por esta vía adquirida. Es una obligación empresarial que pretende dar al trabajador una garantía de su estabilidad, así como mayor seguridad jurídica, pero, en previsión de posibles incumplimientos empresariales, paralelamente, la norma establece otra vía alternativa para que dicha garantía y certeza sea real y efectiva, a cuyo efecto se faculta al trabajador a solicitar por escrito al correspondiente Servicio Público de Empleo un certificado de los contratos de duración determinada celebrados, a los

efectos de poder acreditar su condición de trabajador fijo en la empresa. Una vez solicitado, el Servicio Público de Empleo emitirá dicho documento y lo pondrá en conocimiento de la empresa en al que el trabajador preste sus servicios. De esta manera, el Servicio Público de Empleo se instituye como un mediador entre el trabajador y la empresa, al objeto de, primero certificar el tiempo de prestación de servicios al trabajador, que de esta manera podrá estar seguro de sus pretensiones de fijeza; y, segundo, para que el empresario no pueda alegar desconocimiento, tenga noticia de la pretensión del trabajador, induciéndole al cumplimiento de la obligación legal.

No obstante esta previsión legal, y sin negar su virtualidad desde una perspectiva garantista, es claro que el hecho de que un trabajador no haya solicitado este escrito, no le priva de su condición de fijo por arraigo en la empresa, la cual hará valer en el momento y a los efectos oportunos, debiéndole ser reconocida en todo caso cuando se cumplen los requisitos legales. Por tanto, no es una exigencia formal esencial para el nacimiento del derecho, sino accesoria, que contribuye a la seguridad, la garantía de los derechos y la efectividad de la previsión legal.

Los tres supuestos analizados de conversión –los que hemos denominados aquí conversión débil, conversión fuerte y conversión por arraigo- también son de aplicación a los contratos de trabajo celebrados por Administraciones Públicas, lo que además prevé expresamente la Ley del Estatuto Básico del Empleo Público. No obstante las particularidades del régimen jurídico de acceso al empleo, derivadas del principio constitucional de capacidad, mérito e igualdad del art. 103.3 CE, determina, una aplicación modalizada que se traduce en el reconocimiento de la condición de trabajador indefinido, no fijo, por el EBEP –art. 8.2 c) y 11.1 EBEP-. La diferencia entre indefinido y fijo radica en que el trabajador indefinido presta sus servicios sin un término establecido, extinguiéndose su relación en el momento en que se produzca la cobertura de la plaza por el procedimiento legal, matiz al que ha contribuido la doctrina del TS a partir de la Sentencia, Sala General, de 20 de enero de 1998 (ROJ 234/1998), confirmada por otras muchas con doctrina uniforme. Recogiendo esta doctrina, el ET ha incorporado esta precisión en la Disposición Adicional 15ª, tanto específicamente para los contratos por obra o servicio determinado, como para los supuestos de conversión previstos en el art. 15.5 del ET, que analizamos aquí, estableciendo en relación al encadenamiento por un largo período de tiempo de contratos temporales no fraudulentos, cuando el empleador es una Administración Pública o un organismo público vinculado o dependiente de ellas y "sin perjuicio de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público", la expresa aplicación de lo dispuesto en el art. 15.5 ET, lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. Y, una vez consagrada la aplicación del

precepto estatutario, la D.A 15ª ET establece la "matización" –cuando no, un tratamiento privilegiado-, previendo tres especificaciones que limitan el alcance de la conversión contractual y sus efectos:

-de un lado, en cumplimiento de esta previsión (art. 15.5 ET) el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por dichos procedimientos, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente procedimiento selectivo

- de otro lado, que en el cómputo del período de tiempo previsto para que opere la conversión de temporal en indefinido, sólo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones públicas sin que formen parte de ellas, al menos a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho púbico con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. Lo que supone dar un tratamiento distinto, midiendo con diferente rasero, a los grupos de empresas y estas formas de organización empresarial pública. No obstante, en el caso de que una Administración acudiera a los contratos de puesta a disposición de una ETT, dado que el precepto no se refiere a ello, se ha de entender que dichos períodos de prestación computarían a los efectos de la conversión en indefinidos.

- y finalmente, en el caso de las Universidades, el art. 15.5 no es aplicable respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otra norma con rango de ley

Además de estas limitaciones/modalizaciones en la aplicación del art. 15.5 ET en las Administraciones Públicas, este precepto no resuelve algunas cuestiones importantes, como la de determinar la indemnización correspondiente en caso de extinción del contrato indefinido no fijo como consecuencia de la cobertura de la plaza por el procedimiento establecido. El Juzgado de lo Social nº 1 de Granada planteó al TJUE varias cuestiones prejudiciales a las que este Tribunal (Auto de 11 de diciembre de 2014, Asunto C-86/14), sin poder realizar aquí un análisis más detenido, responde que es contrario a la Directiva 1999/70/CE relativa al acuerdo marco de CES, UNICE y CEEP sobre trabajo de duración determinada, la no previsión de una indemnización al trabajador que ve extinguido su contrato como consecuencia de amortización de plazas o de cobertura de plaza, ni de otros mecanismos que limiten el uso de estos contratos. Cual sea la indemnización a aplicar cuando se extingue el contrato de un trabajador que lleva prestando servicios más de veinticuatro meses en un período de treinta meses, es finalmente una cuestión que ha resuelto el TS considerando que en tales casos no procede la indemnización prevista en el art. 49.1 c) –extinción por llega del

término, con doce días por año de servicio- sino la del despido objetivo del art. 53 ET –veinte días de salario por año de antigüedad-, criterio que adoptó en su Sentencia de 28 de marzo de 2017 (ROJ 1414/2017) y reiterada por la STS de 12 de mayo de 2017 (ROJ 2195)

5.2. Medidas preventivas de la contratación temporal abusiva y de promoción del empleo estable

Aunque la previsión del art. 15.5 del ET ha sido ya analizada en gran parte en el apartado anterior –la conversión por "arraigo" en la empresa durante más de veinticuatro meses en un período de treinta meses- el párrafo tercero de este apartado del art. 15 contiene otra previsión, distinta, aun, en cierto modo, complementaria. Se refiere no al trabajador sino a la empresa que emplea sucesivos trabajadores temporales para cubrir el mismo puesto de trabajo (rotación), lo que el precepto califica sin duda como una forma de contratación temporal abusiva. En estos casos no se puede aplicar la previsión de la conversión contractual, ya que se trata de sucesivos y distintos trabajadores, lo que, aun pudiendo persistir la causa habilitante del contrato eventual –por ello no se pueden calificar estos contratos en fraude de ley- se califica de uso abusivo o en exceso. A salvo de que la ley impusiera un solo contrato temporal eventual con un mismo trabajador para cubrir un puesto de trabajo de naturaleza temporal –lo que no es compatible con la fijación por la ley de un tope máximo de duración y un período de referencia aún más amplio-, parece más viable introducir limitaciones por vía de la negociación colectiva, que es lo que precisamente hace el art. 15.5, pfo. 3º, al establecer que, atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, "*la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de este carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal*". De la previsión legal interesa destacar varios aspectos: su sentido clara y expresamente preventivo de la rotación laboral excesiva, la llamada a la negociación colectiva en sentido amplio o general, permite sostener que cabe que incluso se puedan establecer estas limitaciones o medidas preventivas en productos de la autonomía colectiva de rango menor, como los pactos o acuerdos de empresa, los convenios extraestatutarios y los estatutarios cualquiera que sea su nivel. Refuerza esta interpretación literal el hecho de que es precisamente en la negociación más informal o en los niveles inferiores donde hay mayor conocimiento de causa de la realidad concreta y donde se pueden alcanzar este tipo de compromiso, porque, además el sujeto negociador es el propio empresario, lo que, en principio puede propiciar una mayor efectividad. Todo ello, claro está siempre que se cuente con estructuras representativas de los trabajadores fuertes y experimentadas en la actividad negociadora.

En segundo lugar, entre las previsiones legales dirigidas a fomentar el empleo estable, destaca la previsión del art. 15. 7 ET, que impone una obligación al empresario de informar a los trabajadores de su empresa con contrato temporal –en este caso, con expresa inclusión de los contratos formativos- para garantizarles las mismas oportunidades que los demás trabajadores de acceder a puestos permanentes. Esta información puede facilitarse, según el precepto, mediante un anuncio público en un lugar "adecuado" de la empresa o del centro de trabajo o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva que aseguren la transmisión de la información. De ello se desprende tanto la complementariedad de la negociación colectiva en la determinación del régimen de esta obligación empresarial de carácter legal, como lo limitado del mandato legal, que bien podría haber ido más allá estableciendo una preferencia –en ningún caso imposición de contratación- en favor de los trabajadores temporales para ocupar el acceso a puestos permanentes. A lo que se añade un muy limitado compromiso legal que refuerce la obligación empresarial en el orden sancionador, ya que el incumplimiento se considera una falta leve –art. 6.5 de la LISOS-

En esa dirección, en favor de la estabilización de los trabajadores temporales-, y en la voluntad legal de promover o fomentar el empleo estable, el art. 15.7, pfo. 2º establece una remisión, en esta ocasión, a "los convenios" para que establezcan criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos. La proyección de esta previsión legal en los convenios colectivos no ha sido todo lo amplia que cabría esperar, pero ello no ha sido tanto por falta de voluntad de los sindicatos, como de las dificultades de imponer este tipo de obligaciones, al menos, en los convenios colectivos sectoriales que es donde se puede dar una mejor correlación de fuerzas para poder alcanzar este tipo de acuerdos[11]. Sin poder entrar aquí en un análisis propiamente dicho de este tipo de cláusulas en los convenios colectivos y partiendo de algunos estudios específicos, se puede llegar a la conclusión de que cuando los convenios establecen estos compromisos de conversión, ello suele llevar aparejado, como contrapartida el establecimiento de alguna condición de trabajo inferior a la de los trabajadores indefinidos que tuviera la empresa previamente.

[11] Vid. la STS de 18 de diciembre de 2012, ROJ 9186/2012. Además de dichas dificultades, la jurisprudencia admite que los temporales que adquieren por esta vía la condición de trabajadores fijos o indefinidos puedan tener unas condiciones de trabajo que los indefinidos preexistentes, sin que ello se considere discriminatorio al contar ello con una justificación objetiva y razonable –la estabilización de los trabajadores temporales-, tal como admite la STS de 24 de octubre de 2002, ROJ, que considera válida la disminución de jornada y salario.

5.3 Medidas de garantía de los derechos de los trabajadores temporales y del principio de igualdad y no discriminación

Entre las medidas de garantía de los derechos de los trabajadores, está la intervención de los representantes de los trabajadores cuando se efectúen en la empresa o centro de trabajo este tipo de contrataciones y a la que se refiere el artículo 15.4 ET. Este precepto establece la obligación empresarial de notificar a la representación de los trabajadores los contratos celebrados de acuerdo con las modalidades de contratación de este artículo –obra o servicio, eventual e interinidad- cuando no exista obligación legal de entregar copia básica. Esta obligación de entrega de la copia básica, según dispone el art. 8.4 ET, rige respecto de los contratos que requieren forma escrita, que son casi todos los temporales, salvo el contrato eventual, que con mucha frecuencia tiene una duración inferior a cuatro semanas –ya que, aunque puede haber contratos por obra o servicio determinado con duración inferior a las cuatro semanas, éstos suelen tener una duración superior-. Por tanto, los supuestos en los que no rige la obligación de entregar copia básica son, casi todos, contratos eventuales de duración inferior a las cuatro semanas, respecto de los que el empresario tiene un deber de notificación a los representantes legales en la empresa, a los efectos de que puedan desarrollar su función representativa de los intereses de los trabajadores y puedan vigilar el cumplimiento por el empresario de la legalidad vigente. Obligación de cuya importancia da cuenta la consideración como infracción laboral grave –art. 8.4 LISOS-

En segundo lugar, el apartado 6 del art. 15 ET establece que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores indefinidos. No obstante, el precepto contempla dos excepciones: las peculiaridades de cada modalidad contractual en materia de extinción y las expresamente previstas en relación con los contratos formativos (obligaciones formativas y diferencias retributivas).

En contra de lo que pudiera parecer, esta previsión imperativa no excluye ni prohíbe que otras normas –legales o reglamentarias- o los propios convenios colectivos establezcan derechos o condiciones de trabajo más favorables en función de la antigüedad del trabajador (en base al tiempo trabajado), como hecho objetivo; pero, en tal caso, dichas normas o convenios colectivos deberán respetar como límite que el cómputo de dicha antigüedad se efectúe aplicando los mismos criterios para todos los trabajadores cualquiera que sea su modalidad de contratación. Realmente no se trata de una excepción al principio de igualdad y no discriminación sino de una adecuación del mismo sobre la base de un hecho objetivo, que, es muy similar al principio de proporcionalidad aplicable a los contratos a tiempo parcial. No obstante, es posible que, bajo apariencia de

objetividad se produzcan situaciones realmente discriminatorias en detrimento de los trabajadores temporales, habiendo desempeñado la doctrina constitucional un importante papel depurador de los convenios colectivos, contribuyendo decisivamente al progreso del principio de igualdad en el ámbito dela contratación temporal; y ello, tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia del TS y la doctrina judicial. Aunque no faltan algunos pronunciamientos que han considerado conforme al principio de igualdad el tratamiento diferenciado en materia de promoción profesional o determinadas ventajas como ayuda a estudios, por entender que la permanencia en la empresa era un presupuesto para la aplicación de estas cláusulas cuando se trataba de contratos eventuales de muy corta duración.

Al margen de este grupo minoritario de sentencias, la contribución jurisprudencial –incluida la jurisprudencia comunitaria, como recientemente ha sucedido con la indemnización en los contratos de interinidad- es decididamente restrictiva en orden a aceptar tratamientos diferenciados por razón de la duración del vínculo contractual En este sentido, son muy ilustrativas, de papel garantista de nuestros tribunales, la STC 136/1987 que declara discriminatoria la total exclusión del ámbito de aplicación del convenio de los trabajadores con contratos temporales, la STC 177/1993 que declara no conforme al art. 14 CE una cláusula convencional con un tratamiento peyorativo para los contratos temporales en materia de pagas extraordinarias; la STC 104/2004 , de 28 de junio, que declara discriminatoria la diferencia de tratamiento en función de la duración del contrato para el acceso a un plan de pensiones o la STC 71/2016, de 14 de abril, sobre el carácter discriminatorio de la diferencia de tratamiento entre temporales e indefinidos en la reducción de jornada por cusas económicas. También el TS ha aportado elementos clarificadores sobre qué clausulas convencionales con tratamiento diferenciado basado en la naturaleza temporal o indefinida del vínculo contractual tienen o no una razón objetiva y razonable, en materias tales como complemento por trienios, exigiendo que a los trabajadores temporales se les computen los sucesivos contratos temporales, aun cuando entre uno y hubieran mediado más de veinte días (STS de 7 de junio de 2005 (ROJ 3635/2005) o el cómputo de los períodos con contrato temporal a efectos de antigüedad, a pesar de que haya habido interrupciones (entre otras, STS de 16 de mayo de 2012, ROJ 4111/2012) . También destaca un significativo número de sentencias en materia salarial, prohibiendo diferencias retributivas en los complementos por antigüedad, el derecho a complementos en especie o ciertas ventajas como uso del economato de la empresa o los complementos de capacitación y permanencia, la exclusión de una póliza de seguro colectivo de asistencia sanitaria solo para los trabajadores indefinidos o mejoras voluntarias de la Seguridad Social restringidas al personal fijo o indefinido.

Finalmente, el art. 15.7 ET se refiere a la formación y promoción profesional de los trabajadores temporales. Como especificación de la llamada genérica al

principio de igualdad y no discriminación, el párrafo 3ª del art. 15.7 ET establece un mandato, no una mera competencia, a los convenios colectivos que "establecerán" medidas para facilitar el acceso efectos de los trabajadores temporales a las medidas y acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, con el fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales. El hecho de que la norma incida especialmente en la igualdad y no discriminación de los trabajadores temporales en materia formativa y de promoción, pone de manifiesto la existencia de un problema real, a saber, que la menor duración de los vínculos contractuales puede determinar en la práctica, la exclusión de las acciones formativas, perjudicando ello toda forma de promoción y las oportunidades de movilidad, que hoy son dos elementos fundamentales de la empleabilidad. Se puede criticar que la norma no adopte medidas concretas para garantizar estos derechos de los trabajadores temporales, pero, al menos y a diferencia de otros mandatos del legislador a la negociación colectiva, parece tratarse de un auténtico mandato a la negociación colectiva para que garantice plenamente estos derechos, lo que exigirá en muchas ocasiones, que los convenios contemplen de forma diferenciada la formación de los trabajadores temporales, con medidas y acciones que tengan en cuenta la posibilidad incluso de que el vínculo laboral se haya extinguido o la preferencia para hacer coincidir el período de trabajo con la acción formativa; y, de la misma manera, la posibilidad de tener en cuenta a estos trabajadores y sus méritos en los sistemas de promoción.

Tras las reflexiones aquí realizadas, considero que, junto a los avances en la definición de la causa o supuesto de hecho para el que la norma prevé los contratos eventuales por circunstancias productivas, la progresiva equiparación en derechos de los trabajadores temporales, limitando las diferencias de tratamiento (o incluso introduciendo tratamientos más favorables con un fundamento compensatorio), sin duda contribuirá a diluir, en parte, la problemática social derivada del uso excesivo de la contratación eventual, siendo una línea de política del derecho en la que se puede aún avanzar.

BIBLIOGRAFÍA:

AAVV. (coord.. Ojeda Avilés): *Modalidades de contrato de trabajo. Comentarios a la legislación,* Tecnos, Madrid, 2003

AA.VV. (dir. Sempere Navarro): *Los contratos de trabajo temporales,* Aranzadi, Pamplona, 2004.

ALZAGA RUIZ, I.: *Contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial*, Edersa, Madrid, 2000

ALFONSO MELLADO, C.A.: "Contratación temporal en unificación de doctrina", en *Revista de Derecho Social*, núm. 18, 2002.

BALLESTER PASTOR, A.: *El contrato eventual por circunstancias de la producción,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998

GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I.: "Comentario al art. 15 ET", en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores,* dir. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2012.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.:"La contratación laboral temporal: balance y perspectivas", en VV.AA, *La temporalidad laboral como problema jurídico. Diagnósticos y soluciones,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

LAHERA FORTEZA, J.: *Los contratos temporales en la unificación de doctrina,* La Ley, Madrid, 2001.

LÓPEZ TERRADA, E.: "Supuestos de contratación temporal", en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Libro Homenaje a Tomás Sala Franco,* coord. Goerlich Peset, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MERCADER UGUINA, J.: *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 299 lo Blanch, Valencia, 1999

NICOLÁS BERNARD, J.A.: *Problemas actuales del trabajo eventual e interino*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

OLARTE ENCABO, S.: *La contratación temporal estructural. Aspectos jurídico-prácticos*, Comares, Granada, 2000

PÉREZ REY, J.: *La transformación de la contratación temporal en indefinida,* Lex Nova, Valladolid, 2004

SALA FRANCO, T., PÉREZ INFANTE, J.I., LÓPEZ TERRADA, E.: *Las modalidades de la contratación laboral,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

LOS CONTRATOS DE INSERCIÓN POR SERVICIOS DE UTILIDAD SOCIAL

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

SUMARIO:

1. LA POLÍTICA DE INSERCIÓN COMO ELEMENTO INTEGRANTE DE LA POLÍTICA DE EMPLEO.
2. EL CONTRATO PARA LA INSERCIÓN.
3. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL CONTRATO DE INSERCIÓN Y LOS TRABAJOS DE COLABORACIÓN SOCIAL.
4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. LA POLÍTICA DE INSERCIÓN COMO ELEMENTO INTEGRANTE DE LA POLÍTICA DE EMPLEO

Utilizamos la expresión Política de Inserción como componente de la más amplia Política de Empleo, para referirnos a la necesidad de instaurar un proceso complejo en el que encuentren cabida medidas de distinta naturaleza y en el que ha de participar el sujeto excluido excluido socialmente o en riesgo de padecer esta situación, con el fin de lograr su retorno a la situación de "normalidad", haciendo desaparecer en él todos los elementos que lo convierten en diferente, y que precisamente por ello, impiden su participación en la sociedad[1]. En definitiva, se trata del conjunto de actuaciones necesarias para lograr hacer realidad el derecho a la inserción de aquellos ciudadanos que por circunstancias ajenas a su voluntad, encuentran más dificultades a la hora de participar en sociedad.

Esta combinación de medidas de empleo y de protección social viene presentándose como expresión generalizada en el diseño de las política de empleo de las últimas décadas, inspirada en el deseo de lograr una mayor activación de los tradicionales gastos pasivos que en otras épocas venían destinándose a la protección por desempleo.

En el ámbito de la inserción se produce sin embargo, una alteración en la relación que comúnmente se establece entre empleo y protección social. En éste, ya no es la protección social la que se hace derivar de la previa tenencia de un empleo y su posterior pérdida, pues el distanciamiento temporal que con relación a estas circunstancias presenta el sujeto que sufre la exclusión social, en el supuesto de que haya disfrutado alguna vez de un empleo, hace imposible que pueda derivarse de aquél su actual protección.

Al contrario, será la necesaria seguridad que un Estado de Bienestar debe procurar a todos sus ciudadanos, la que favorezca por el juego de las acciones positivas, el acceso de estos individuos a una actividad remunerada, en un intento de situarlos en un espacio intermedio, donde sea posible ir recuperando progresivamente un mínimo de cohesión social. De esta forma, la actividad remunerada se convierte en contrapartida de la medida de protección social, lo que provoca una inversión entre la relación tradicional que estas medidas vienen presentado con el empleo.

Podemos distinguir dos concepciones que pugnan por ejercer su influencia en el diseño de estas actuaciones. De una parte, la concepción social de la

[1] Esta idea de inserción como proceso destinado al retorno de los individuos a la normalidad y su distinción con el término "Integración", puede consultarse en LAFORE, R. "La pauvreté saisie par le droit" CASTEL, R. LAÉ, J.F (Dir.) *Le RMI: une dette sociale*. L´Harmattan. 1990. Pág. 67-92

inserción pone el acento en la adaptación de las personas a las estructuras socioeconómicas existentes en el mercado, para lo cual, el sujeto se convierte en partícipe de un proceso complejo de inserción, como paso previo a su acceso a un empleo normalizado, proceso en el que tratarán de subsanarse las deficiencias que presente éste y que son causa/efecto de la situación que padece. Es el matiz formativo el que adquiere pleno protagonismo en las experiencias surgidas en este ámbito, con el inconveniente de que en la mayoría de los casos, se trata de una formación organizada sin contar con la colaboración de las empresas, lo que implica una laguna de cooperación con el mercado de trabajo real y competitivo, para el cual no se forma al sujeto.

Adquieren en este supuesto plena significación el llamado tercer sector o economía solidaria, a través de la cual, tratan de explorarse espacios intermedios entre las actividades ya mercantilizadas y las que aún no lo están, en busca de nuevas canteras de actividad laboral. Su componente básico son los empleos de "utilidad social" o de "interés general", que adoptan las formas de empleos públicos subvencionados, a los que se les ha venido achacando el hecho de poner el acento en la reconstrucción del debilitado ligamen social que padece el individuo, despreciando la importancia que reviste el componente económico para su completa inserción.

Frente a esta concepción se sitúan aquellos que defienden la vertiente eminentemente económica de la inserción. Así, la llamada Política de Inserción por el Empleo permite ser definida como aquel conjunto de dispositivos que, teniendo como destinatarios a los colectivos que encuentran las mayores dificultades a la hora de participar en el mercado de trabajo, asocian medidas de ayuda al sostenimiento de renta, con medidas de ayuda a las personas, principalmente bajo formas de retorno o de acceso al empleo[2]. Los defensores de esta concepción sostienen que la plena consecución de este objetivo únicamente puede lograrse introduciendo a los sujetos en el mundo del empleo ordinario, normalizado y por tanto, estableciendo los mecanismos necesarios para que puedan acceder a un empleo de estas características. Defienden también la faceta formativa, pero se tratará ahora de una formación subordinada a las necesidades que presente el mercado de trabajo. En concreto la modalidad contractual denominada Contrato de inserción, a cuyo análisis dedicaremos las páginas siguientes, fue expresión de esta concepción económica de la política de inserción, que surgió por oposición a lo que había venido siendo la tradicional concepción social de la misma[3].

---

[2] GUITTON C. *Droit, Action publique et travail. Etude juridique des politiques d´insertion par le travail.* Université de Paris X. París. 1996. Pág. 499.

[3] MOLINA HERMOSILLA, O. La dimensión jurídica de la Política de Empleo. *El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática. Mergablum. 2005. Pág 89-158.*

2. EL CONTRATO PARA LA INSERCIÓN

2.1. Razones para su aparición en nuestro ordenamiento jurídico

Directamente conectado con los objetivos de política de empleo, en este caso de reinserción en el mercado laboral, hizo su aparición en nuestro panorama legislativo la figura del contrato para la inserción.

Su antecedente europeo lo podemos encontrar, en el ordenamiento jurídico francés, donde aparece concebido como instrumento jurídico apropiado para llevar a cabo la formalización de los compromisos recíprocos asumidos por los sujetos intervinientes en el proceso de inserción. Este contrato no presentaba por tanto un solo valor ético social, llegando a asumir una dimensión jurídica, capaz de concretar los principios democráticos y de autonomía que inspiran el derecho social a la inserción[4].

En nuestro ámbito nacional esta modalidad venía a representar la convalidación legislativa de lo que en nuestro país venía desarrollándose a través del llamado "empleo comunitario" o de "interés social". No obstante, la utilización genérica del término "desempleado" que aparecía en el propio precepto regulador del contrato para la inserción (art. 15. 1 d) ET), suponía una ampliación respecto al tradicional ámbito subjetivo que venían presentando estos programas, al permitir que pudieran ser contratados bajo esta modalidad, sujetos no perceptores de prestaciones por desempleo.

La justificación de esta intervención de la Administración en la esfera de la integración social a través de lo económico, podemos encuadrarla en la consideración de este tipo de actuaciones como servicio público, para cuya satisfacción resultaba necesaria la intervención activa de la Administración. Su fundamento residía en el propósito de ofrecer al desempleado una experiencia profesional, que le facilitase su integración en el mercado de trabajo, por lo que la efectividad de esta medida, valorada en términos de política de inserción, se hacía depender de las condiciones caracterizasen la adquisición de este experiencia, es decir, de que fuese realmente eficaz para asegurar la inserción o reinserción del desempleado. De lo contrario, se trataría únicamente de una nueva fórmula tendente a proporcionar a la Administración o entidades sin ánimo de lucro, mano de obra a bajo coste.

[4] Vid. ROJO TORRECILLA, E. "Protección social y rentas mínimas de inserción. De la cobertura económica al derecho de ciudadanía" LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.). *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*. Marcial Pons. Madrid. 1992.

Como tendremos ocasión de analizar en las páginas siguientes, a la luz de las condiciones en que quedó configurado el proceso de inserción de los vinculados a través de esta modalidad y, podemos anticipar que no quedaba garantizado el éxito de la misma. En este sentido, además de compartir aquel inconveniente que resulta predicable de todas las medidas de política de empleo que confían en la faceta empleadora de la Administración, como es el de aumentar la presencia del Estado en la economía, la escasa calidad y duración del empleo que procuraban, contrasta con la propia filosofía general que desde estas mismas Instancias Públicas, se intenta infundir a toda la política de empleo. Esta contradicción provocó la aparición de sectores de opinión que trataban de poner de manifiesto las situaciones de "paro disfrazado" que esta modalidad contractual vino realmente a representar en nuestro país, revelándose en su opinión como una nueva fórmula de gestión del desempleo, inspirada en el propósito de encauzar los fondos económicos desde políticas pasivas de empleo, hacia políticas de activación de desempleados, cuando no pura y simplemente en el interés de las Administraciones Públicas en procurarse mano de obra a bajo precio.

2.2. Su antecedente el Real Decreto Ley 5/2001 y posterior tramitación parlamentaria hasta quedar regulado por Ley 12/2001.

El origen normativo del contrato de inserción debemos buscarlo en nuestro país, en la reforma operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, la cual vino a introducir una nueva letra d) en el apartado primero del artículo 15 E.T, dedicado como sabemos a las modalidades temporales de contratos de trabajo. La razón de ser de esta nueva modalidad venía marcada ya desde su origen, por la intención de servir de instrumento en manos del Estado, para dar cumplimiento a las directrices que de la Estrategia Europea por el Empleo, emanaran en cada momento para España.

No obstante, como antecedente de esta Ley 12/2001, recordemos que la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas urgentes de Reforma del Mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad, fundamentaba la necesidad de reforma, tanto en el intento de eliminar las disfunciones derivadas de otras reformas operadas en el mercado de trabajo con anterioridad, como en la necesidad de seguir favoreciendo la evolución positiva del empleo, especialmente mediante la reducción de la alta tasa de temporalidad existente, propiciando la creación de un empleo de mayor calidad. Para ello, se consideraba necesario, entre otras medidas, la creación de nuevas modalidades contractuales, como fue la del contrato de inserción que nos ocupa, que permitiese la contratación de trabajadores desempleados para la realización

de obras y servicios de interés general o social, respondiendo con ello, claramente a los fines de la política activa de empleo que debía ser acorde con la Estrategia Europea elaborada con este mismo carácter.

Posteriormente, este RD-Ley 5/2001 regulaba en su art. 8, esta nueva modalidad de contrato de duración determinada, bajo la denominación de Contrato de inserción, en virtud del cual, una Administración pública podría contratar a un demandante de empleo con el fin de realizar una obra o servicio de interés general o social, dentro del ámbito de sus competencias, con el fin de permitirle la adquisición de experiencia laboral, conducente a mejorar sus posibilidades de ocupabilidad.

Se establecía así mismo un periodo temporal de tres años de espera, desde que finalizase el anterior contrato de inserción, para que el sujeto pudiera ser contratado nuevamente bajo esta misma modalidad contractual.

La incentivación para que estos contratos fueran acogidos positivamente, venía dada por la subvención otorgada por parte de los servicios públicos de empleo competentes, respecto de los costes laborales que supusieran estas contrataciones, para lo cual, se tomaba como referencia la base mínima del grupo de cotización al que correspondiese la categoría profesional desempeñada por el desempleado convertido ahora en trabajador mediante esta modalidad.

Este Real Decreto-Ley 5/2001 fue sometido a debate y votación de totalidad por el Congreso de los Diputados en su sesión del día 15 de marzo de 2001, en la que se acordó su convalidación, así como su tramitación como Proyecto de Ley, por el procedimiento de urgencia, proyecto que daría lugar finalmente a la Ley 12/2001[5].

No obstante, durante este proceso de debate y convalidación, el contenido originario de este contrato de inserción sufrió variaciones con el fin de resolver algunas de las numerosas dudas interpretativas que la aplicación de su anterior regulación había suscitado. En este sentido, se aprovechó esta tramitación legislativa para ampliar el ámbito subjetivo de este contrato, en lo relativo a los sujetos que podían contratar bajo esta modalidad, abriendo así esta posibilidad no sólo a las Administraciones públicas, como sucedía en la anterior versión del RD Ley, sino también a las entidades sin ánimo de lucro y empresas de inserción laboral.

[5] CARDENAL CARRO: "El nuevo contrato de inserción», en. SEMPERE NAVARRO A.V (Dir.) La Reforma Laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág. 66-67.

Un segundo cambio fue el relativo a la exigencia de que los sujetos que fueran contratados bajo esta modalidad, debieran figurar inscritos como demandantes de empleo en la correspondiente oficina de empleo.

Por otra parte, se mantenían los tres años de carencia para poder ser contratado nuevamente bajo esta modalidad de inserción, pero con una importante matización, como era la de exigir este plazo únicamente cuando el trabajador hubiera sido contratado bajo esta modalidad por un período superior a nueve meses en los últimos tres años.

También se mantuvo en esta fase de tramitación legislativa la asunción de los costes del contrato de inserción por los servicios de empleo, si bien no con carácter general, como aparecía en la anterior versión del RD Ley 5/2001, sino que la nueva regulación otorgada por Ley 12/2001, especificaba que la subvención a efectos salariales estaría constituida por la cuantía equivalente a la base mínima del grupo de cotización correspondiente a la categoría profesional desempeñada por el trabajador, y a efectos de Seguridad Social, las cuotas derivadas de dichos salarios.

Otra novedad respecto del texto del Real Decreto-Ley, consistió en considerar que la retribución salarial sería la acordada entre las partes, sin que pudiera ser inferior a la que viniese fijada, en su caso, para estos contratos en el convenio colectivo que resultase de aplicación al ámbito en que iba a desarrollarse la relación de carácter laboral.

Otra aportación de la regulación otorgada por Ley 12/2001 a esta modalidad contractual consistió en definir los colectivos que podían considerarse en situación de exclusión social, y por tanto, convertirse en destinatarios de esta modalidad contractual, así como el esclarecimiento de cuáles eran los programas de mejora de la ocupabilidad de los demandantes de empleo a los que hacía referencia la nueva letra d) del artículo 15.1 E.T.

Este contrato desarrollo su vigencia en nuestro país desde su creación hasta su derogación producida primero por RD 5/2006 de 9 de junio, tramitado posteriormente como Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo.

2.3. Naturaleza jurídica del contrato de inserción

Como hemos analizado, el contrato de inserción se encuadró durante el periodo en que estuvo vigente en nuestro ordenamiento jurídico, dentro del art. 15.1 ET, que regula aún en nuestros días, el contrato para obra o servicio determinado,

el contrato de interinidad y el eventual, todos ellos, contratos temporales. Precisamente no han sido escasas las ocasiones en que nuestras Salas de lo Social han tenido que pronunciarse respecto a la calificación de una relación laboral como Contrato de Inserción pese a la calificación de Contrato por obra o servicio determinado que le habían otorgado las partes[6].

Dado su encuadramiento, quedaba clara su configuración como contrato de trabajo, que como tal había de regirse por las normas propias de su régimen jurídico, además de por las generales que resultan aplicables a todo contrato de trabajo, y que se encuentran previstas a lo largo del articulado del ET y por las demás normas que resultan de aplicación a este ámbito[7].

La especialidad respecto de la realización de una obra o servicio de interés general o social se hacía derivar del hecho de que uno de los sujetos contratantes en esta modalidad era la propia Administración Pública o bien entidades no lucrativas, que también encuentran su razón de ser en la consecución de intereses sociales. Por otra parte, la caracterización del trabajo a realizar como trabajo de utilidad social, anticipaba el objetivo con el que fue concebido este contrato, que no era otro que el de convertir a la persona desempleada en una persona útil a la sociedad, al tiempo que le permitía recuperar sus habilidades profesionales o adquirirlas por primera vez, en aquellos casos en que constituyera su primera experiencia laboral.

Esta calificación de contrato de trabajo no resultaba contraria al hecho de que el demandante de empleo pudiera estar percibiendo la prestación contributiva o el subsidio por desempleo, puesto que estas prestaciones dejarían de percibirse por el sujeto durante la duración del trabajo de utilidad social objeto de este contrato. Además, el propio legislador señalaba que la prestación retributiva podía ser objeto de pacto individual o de fijación en convenio colectivo, y la necesaria cotización del trabajador de inserción al sistema de Seguridad Social, que son como sabemos características propias del contrato de trabajo.

Por tanto, esta nueva modalidad contractual no presentaba naturaleza de prestaciones personales obligatorias, como en su momento fue defendido por algún sector doctrinal, las cuales quedarían excluidas de la propia regulación otorgada por E.T, en base a lo previsto en el art. 1.3.b) ET. Tampoco se trataba de una relación contractual de carácter administrativo, así como tampoco resultaba adecuado calificar estas relaciones como aquellas de carácter extracontractual,

[6] Vid. STS Sala de lo Social, de 17 de mayo de 2010 (Rec. 3293/2009) y de 5 de mayo de 2009 (Rec. 286/2008).

[7] AAVV. PRADOS DE REYES (et altri). Contratación laboral y condiciones de trabajo. XX Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. CRUZ VILLALÓN (Coord.). 2002. 253-324.

calificación ésta que por el contrario, si resulta adecuada para los llamados trabajos de colaboración social con los que esta modalidad contractual presentaba ciertas similitudes hasta el punto de no resultar pacífica en muchos casos, como tendremos ocasión de analizar, la calificación jurídica que debía ser otorgada a la actividad realizada por el sujeto desempleado.

En efecto, en los meses siguientes a la creación de esta modalidad contractual fueron numerosos los trabajos doctrinales dedicados a poner de manifiesto las semejanzas existentes entre el nuevo contrato de inserción y los conocidos Convenios de colaboración suscritos entre el INEM por una parte, y las Corporaciones Locales, Comunidades Autónomas u otros organismos de las diferentes Administraciones Públicas, por otra. Dichos Convenios eran fiel reflejo de los programas de empleo temporal en el sector público previstos a favor de la población desempleada y en ellos, el INEM asumía la subvención de la realización de obras y servicios de interés general y social competencia de las distintas Administraciones Públicas y de entidades sin ánimo de lucro, cuando se contratase a trabajadores desempleados. De este modo, el INEM sufragaba los costes salariales totales derivados de esta contratación.

Con la subvención de los costes salariales de estas contrataciones encuadradas en los Convenios de colaboración, el INEM facilitaba la realización de tareas a las que se comprometían las entidades contratantes mediante la creación de empleo, en concreto, respecto de los grupos de trabajadores que se consideraban especialmente necesitados de atención desde la perspectiva de la política de empleo. En este sentido, como criterios para la selección de estos trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo, se tenía en cuenta no sólo la mayor adecuación al puesto de trabajo, sino también su condición de discapacitado, la existencia de responsabilidades familiares, la edad, la condición de mujer, el tiempo de permanencia en el desempleo y el nivel de protección de desempleo con que estos contaban en cada caso.

Respecto de las obras y servicios a realizar, los Convenios de colaboración solían indicar también los requisitos para la selección de las mismas a efectos de ser subvencionadas, como por ejemplo, tratarse de obras y servicios de interés general y social competencia de las Administraciones Públicas y entidades no lucrativas contratantes, en régimen de administración directa o de adjudicación, que favorecieran la formación y práctica profesional de los desempleados, disponiendo la entidad contratante de presupuesto suficiente para asumir el cargo de las partidas presupuestarias no subvencionadas. En definitiva, el contrato de inserción venía a configurarse como una medida más a favor de los desempleados, a incluir junto a los programas de empleo temporal en el sector público, a los trabajos de colaboración social y otras medidas, como el Plan de Empleo Rural. No en vano, el propio art. 15.1.d) ET hacía referencia a las obras y servicios de utilidad

social, que permitiesen al demandante de empleo adquirir experiencia profesional y mejorar su ocupabilidad, "dentro del ámbito de los programas públicos que se determinen reglamentariamente".

Por tanto, era posible observar como decimos, la existencia de elementos coincidentes entre la modalidad de contrato que nos ocupa y estos Convenios de colaboración, como pueden ser el carácter de las obras y servicios a realizar, el ámbito subjetivo que presentaban ambas figuras y las subvenciones concedidas por la oficina de empleo. El objetivo que perseguían ambas figuras jurídicas resultaba también coincidente y no era otro que intentar paliar situaciones especialmente graves de desempleo, mediante la contratación temporal de trabajadores desempleados, por parte de las distintas Administraciones Públicas y entidades no lucrativas, para la realización de trabajos directamente relacionados con actuaciones de interés general y social, competencia de dichas Administraciones y entidades. También se sitúan en la misma línea, otras actuaciones del INEM, como por ejemplo, el Plan de Empleo Rural y los trabajos de colaboración social.

2.4. Sujetos contratantes: administración pública, entidades sin ánimo de lucro y empresas de inserción

Como hemos adelantado, el ámbito subjetivo de esta modalidad de contrato temporal, por lo que respecta a los sujetos contratante, aparecía definido por las Administraciones Públicas y las entidades sin ánimo de lucro[8]. Dichos sujetos contratantes presentaban en común el tratarse de agentes directos que recibían los servicios, en tareas que difícilmente podrían haber sido abordadas por las Administraciones públicas o entidades no lucrativas de no contar con la subvención prevista para estos casos, por tratarse de actividades en las que lo trascendente no era la utilidad de lo producido, sino facilitar al desempleado la experiencia profesional y la mejora de su ocupabilidad.

Por otro lado, la Disposición Adicional novena de la Ley 12/2001 vino a propiciar que también las empresas de inserción pudieran ser consideradas como contratante en esta modalidad. En este sentido, se definía a las empresas de inserción laboral de personas en situación de exclusión social, como aquellas empresas que, con independencia de la fórmula jurídica que adoptasen en cada caso y la actividad económica que desarrollasen, reservasen habitualmente no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo al empleo de personas que estén en situación de exclusión social, para formarles y adiestrarles en el ejercicio normalizado de una actividad laboral. Con su contratación, se daba cumplimiento así a un objeti-

[8] TOROLLO GONZÁLEZ F.J. "El contrato de inserción". Revista Aranzadi Social. Nº 7. Junio 2001. Pág. 19-20

vo de carácter social, como era el hecho de propiciar, a través de estos contratados de inserción, que las personas en situación o riesgo de exclusión, pudiesen lograr la plena integración laboral y el acceso a un empleo normalizado.

También contemplaba esta misma Disposición la posibilidad de que estas empresas de inserción pudieran beneficiarse del sistema de bonificaciones previstas en el art. 6.4 de la Ley 12/2001, así como desarrollar los programas que, en relación con el colectivo de personas en situación de exclusión social, pudieran determinarse en colaboración con las Administraciones públicas competentes, como eran, los servicios públicos de empleo, que quedaban de esta forma habilitados para celebrar convenios, con ese objetivo, con las empresas de inserción.

2.5. Sujetos desempleados susceptibles de ser contratados mediante el contrato para la inserción

Tal y como rezaba en el primer párrafo del art.15.1.d) ET, los sujetos contratados bajo esta modalidad debían ser desempleados, inscritos como tales en la oficina de empleo. Con esta exigencia de inscripción del desempleado en la oficina de empleo, se trataba de acreditar su voluntad de trabajar, como presupuesto material imprescindible de la situación de desempleo protegible; no se exigía un tiempo mínimo de permanencia como demandante de empleo, pero sí la demostración de su voluntad de llevar a cabo un trabajo y, por tanto, de seguir un itinerario de inserción.

La incorporación de desempleados a esta modalidad contractual respondía como hemos analizado, a las prioridades marcadas por el Estado con el fin de dar cumplimiento a las directrices de la Estrategia Europea por el Empleo. Así, fue el Plan Nacional de Acción para el Empleo del año 2000, el primero que aprobó un Programa de fomento del empleo para trabajadores que se encontraban en situación de exclusión social, en virtud del cual, las empresas o entidades sin ánimo de lucro que contratasen a personas pertenecientes a alguno de estos colectivos, ya fuera mediante una contratación indefinida o alguna modalidad de carácter temporal, tanto a tiempo completo como parcial, podrían beneficiarse de una reducción en sus cotizaciones del 65% durante el resto del contrato, con un máximo de 24 mensualidades.

Además, con él se creó un nuevo Programa de Renta Activa de Inserción en favor de los trabajadores desempleados en situación de necesidad, en concreto, los mayores de 45 años con responsabilidades familiares, con rentas inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional y que estuvieran desempleados durante 12 o más de 12 meses[9].

[9] De La Casa Quesada, S. Molina Hermosilla, O. "La renta activa de inserción: una

Por su parte, el art. 4 .1.1 de la Ley 12/2001, encargado de recoger el ámbito de aplicación del Programa de fomento de empleo para el año 2001, incluía como colectivos susceptibles de beneficiarse de este programa a:

-Mujeres desempleadas, entre 16 y 45 años.

-Mujeres desempleadas, cuando fueran contratadas para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino.

-Desempleados inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante seis o más meses.

-Desempleados mayores de 45 años y hasta los 55.

-Desempleados mayores de 55 años y hasta los 65.

-Desempleados perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo, a los que le restase un año o más de percepción en el momento de la contratación.

-Desempleados perceptores del subsidio por desempleo a favor de los trabajadores incluidos en el Régimen especial agrario de la Seguridad Social.

-Desempleados perceptores de la ayuda específica denominada "renta activa de inserción".

-Mujeres desempleadas inscritas durante un período de doce o más meses en la oficina de empleo que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha de alumbramiento.

-Los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen especial de la Seguridad Social para Trabajadores Autónomos, dados de alta en el mismo al menos desde el 1 de enero de 2000, que no hubiesen tenido asalariados a su cargo, para el desempeño de su actividad profesional, en los doce meses anteriores a la contratación y contratasen indefinidamente su primer trabajador.

-Minusválidos siempre que fueran contratados en virtud del contrato de fomento del empleo indefinido.

Teniendo en cuenta el art. 4.1.3 del Programa de Fomento de empleo previsto en nuestro país para el año 2001, la situación de exclusión social de los desempleados contratados por empresas y entidades sin ánimo de lucro, debía quedar acreditada por los correspondientes servicios sociales municipales y vendría determinada por la pertenencia a alguno de los siguientes colectivos:

-Perceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma.

-Personas que no pudieran acceder a las prestaciones a las que se hace refe-

---

incierta incursión estatal en el ámbito de las políticas de inserción. Comentario al RD 781/2001, 6 de julio. Revista de Estudios Financieros. Trabajo y Seguridad Social. Nº 224. 2001. Pag. 113-138.

rencia en el párrafo anterior, por alguna de las siguientes causas: Falta de período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora, haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.

-Jóvenes mayores de 18 años y menores de 30, procedentes de instituciones de protección de menores.

-Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.

-Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos.

Resulta evidente que en todos ellos estará presente la característica de privación del empleo, pero la mayor gravedad que reviste en el caso de los excluidos esta premisa general, en comparación con el resto de la población desempleada, se comprueba si tenemos en cuenta que los primeros sufren una forma de desempleo específica, que presenta dos notas fundamentales que nos permiten distinguirlo de la situación general de desempleo. En primer lugar, su carácter no coyuntural, es decir, su resistencia a descender espontáneamente, con una simple mejora de las condiciones económicas. Conectado con lo anterior encontramos en segundo lugar, el problema de su vigencia en el tiempo, muy superior a lo que entendemos por desempleo de larga duración.

Más allá de esta característica general, conviene igualmente tener presente que cuando hablamos de excluidos socialmente, no nos estamos refiriendo a una categoría homogénea, sino muy al contrario, a una realidad sumamente heterogénea, resultado de la diversidad de trayectorias que presentan los sujetos que llegan a esta situación, así como del distinto grado de exclusión que los mismos pueden llegar a padecer. Ello hace necesario contemplar las especiales circunstancias que concurren en cada uno de los sujetos amenazados o afectados por procesos de exclusión, -origen, edad, sexo, cualificación profesional,...- al objeto de que estas características nos ayuden a precisar cuáles entre las medidas de inserción previstas, pueden ser más eficaces en cada caso.

Si bien todos los anteriores eran colectivos en situación de exclusión social, también resultaba necesario tener en cuenta a otros colectivos de desempleados en riesgo de padecer esta exclusión social, como nos informaban los trabajos de la Unión Europea en materia de empleo, por eran por ejemplo, los parados de larga duración, los jóvenes en busca de su primer empleo y los inmigrantes. En este sentido, en el Plan Nacional para la Inclusión Social vigente en esta época, se citaban como colectivos en riesgo de exclusión, que resultaban por ello merecedores de una especial atención desde el punto de vista de la política de empleo, a los grupos de jóvenes, mayores de 45 años, mujeres y personas con discapaci-

dad. De este modo, podría entenderse que tanto los desempleados en situación de exclusión social, como también los pertenecientes a colectivos en riesgo de padecer esta exclusión, resultaban merecedores de ser contratados bajo la modalidad de contrato de inserción porque, si bien existían contratos específicos y medidas concretas dirigidos a los jóvenes (contratos formativos), a los parados mayores de 45 años (la renta activa de inserción, en virtud del RD 236/2000, de 28 de febrero), mujeres subrepresentadas en un sector de actividad determinado (contrato para el fomento de la contratación indefinida), a los minusválidos (contrato para el fomento de la contratación indefinida), no obstante, ello no resultaba suficiente para evitar que parte de estos colectivos siguiese quedando afectado por situaciones de desempleo y en riesgo de alcanzar o verse avocado a alguna de las situaciones de exclusión social antes definidas.

De este modo, el conjunto de medidas propuestas en el Plan de Empleo que fuera aprobado para cada año y los Programas que vieran la luz a partir de estos instrumentos de planificación, fueron los encargados de determinar en cada momento, los colectivos que eran considerados prioritarios por el Estado dentro de la Estrategia Europea para el empleo. Este hecho por lo que se refiere al ámbito subjetivo del contrato de inserción, trajo como consecuencia que el mismo no quedase definido en un acto concreto, sino que se vio ampliado o restringido cada año, en función de la necesidad de incluir a un colectivo antes no considerado necesitado de actuación o excluir a otro respecto del que se había logrado el objetivo de conseguir su integración social.

2.6. La realización de obra o servicio de interés general o social

El art. 15.1.d) ET delimitaba el tipo de tareas que debía llevar a cabo el contratado bajo la modalidad de contrato de inserción: su objeto será el de realizar una obra o servicio de interés general o social. De ahí que fueran las Administraciones públicas, siempre afectas al interés general (art. 103.1 CE), y las entidades que coincidan en ese fin de interés público o general, quienes podían ser sujetos contratantes en esta modalidad de inserción. Para las fundaciones y para las asociaciones sin ánimo de lucro, el criterio del interés general venía determinado a sensu contrario, por el art. 22.2 CE, que exige ese interés público.

Cuando el art. 15.1.d) ET hacía referencia a la realización de una obra o servicio de interés general o social, la noción de este interés general debíamos entenderla equivalente a la de interés público como es un concepto jurídico indeterminado, que fundamenta y justifica la actuación de las Administraciones públicas, de modo que la intervención administrativa en sus distintos ámbitos debe estar sustentada en la búsqueda de dicho interés general, que se concreta en cada uno de sus objetivos.

Dado que la Administración Pública debe integrar sus puestos de trabajo con arreglo al art. 103.3 CE, el cual establece que el acceso a la función pública ha de realizarse de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, podemos concluir que con carácter general los puestos de trabajo de la Administración Pública serán desempeñados por funcionarios públicos. Sin embargo, el art. 15.1.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública vino a establecer algunas excepciones a esa regla general, es decir, la relación de puestos de trabajo, que permite que sean ocupados por personal laboral, como lo son, entre otros, los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirigiesen a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo, o los puestos cuyas actividades fueran propias de oficios. En definitiva, tareas de clara utilidad social directa e inmediata, por ser actividades que revierten en el beneficio de toda la comunidad, relacionadas con el desarrollo cultural, la conservación del medio ambiente, la defensa y los servicios de asistencia social, actividades todas ellas que revisten un evidente interés general.

La prestación laboral para cuya realización se instrumentaba el contrato de inserción debía consistir en la realización de una obra o servicio de interés social, pero el carácter temporal con que se concibió esta modalidad contractual, no hacía derivar esta misma consecuencia para la actividad de interés social, en otras palabras, esta obra o servicio de interés social no debía necesariamente quedar finalizado al término de la vigencia del contrato de inserción, pudiendo éste ir referido a una actividad de carácter permanente.

Respecto de las concretas tareas a realizar, se trataba de obras y servicios de utilidad colectiva (mejora de vivienda, vigilancia, transportes colectivos, entre otras), de desarrollo cultural (turismo, ocio y cultura para ancianos y jóvenes, deportes, etc), medio ambiente (gestión de residuos, prevención de incendios, etc), servicios personalizados y asistencia social (cuidado de niños, de personas mayores, servicios a domicilio, por citar las más destacadas). También tuvieron por objeto las obras y servicios encuadrados en proyectos que permitían la creación estable de mayor número de puestos de trabajo y los que acreditasen un mayor nivel de inserción laboral.

De esta forma, el contrato de inserción resultaba expresivo de una medida de política activa de empleo surgida en el concreto ámbito de la inserción laboral, que trataba de incidir sobre la formación permanente del demandante de empleo, al mismo tiempo que le ofrecía la oportunidad de incorporarse al mercado de trabajo. Esta caracterización se hacía derivar del propio tenor literal del art. 15.1 d) donde dicho contrato quedaba instrumentalizado a la finalidad de servir como medio de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del desempleado participante, y ello con la finalidad de contribuir a la empleabilidad del sujeto participante en esta modalidad de inserción.

Esto traía aparejada como lógica consecuencia que cualquiera que fuese la concreta función a desarrollar por el demandante de empleo, esta tarea debía permitirle una adecuada inserción en el mercado laboral, al haberle proporcionado formación o reconversión profesional dirigidas a mejorar sus aptitudes y sus posibilidades de encontrar un empleo al finalizar la vigencia de aquel contrato de inserción. Lo contrario podía ser interpretado como el fracaso de la propia finalidad última perseguida con la instauración de esta modalidad en nuestro ordenamiento jurídico.

2.7. Vigencia y límites temporales en el contrato de inserción

Tal y como hemos comentado, la propia ubicación del contrato de inserción dentro del ámbito del art. 15.1 E.T reservaba para esta modalidad el carácter de contrato de duración temporal, especificando para este supuesto concreto, que los trabajadores que fueran parte en esos contratos no podrían repetir su participación hasta transcurridos tres años desde la finalización de un contrato anterior de esta naturaleza, siempre y cuando el trabajador hubiera sido contratado bajo esta modalidad por un período superior a nueve meses en los últimos tres años. En todo caso, como decíamos, la duración de dicho contrato no se hacía depender de la duración de la obra o servicio de interés social que fuera objeto del contrato de inserción.

El requisito de la temporalidad resultaba así acorde con la propia finalidad perseguida por esta medida de política de empleo, que no era otra que la de mejorar la ocupabilidad y empleabilidad del trabajador demandante de empleo contratado mediante el contrato de inserción, con el fin de que tras este periodo de adaptación del sujeto que propiciaba la vigencia del contrato de inserción, éste hubiera superado aquellas deficiencias profesionales, sociales o personales que limitaban sus oportunidades efectivas de participar en el mercado de trabajo y estuviera en condiciones óptimas de ser contratado con base en cualquier otra modalidad contractual laboral distinta a la del contrato de inserción.

A esta misma filosofía respondía la limitación de que el sujeto no pudiera volver a ser contratado mediante este contrato de inserción hasta transcurridos tres años desde la finalización del anterior, siempre que hubiese sido contratado bajo esa modalidad por un tiempo superior a nueve meses en los últimos tres años. Se consideraba así que el periodo de nueve meses era un tiempo en el que razonablemente cabía esperar que se hubiese producido esa mejora en la capacidad de inserción profesional del sujeto.

Por otra parte, finalizado el contrato de inserción, el trabajador no recibía la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET, puesto que dicho precepto exceptúa

expresamente a dicho contrato, y a los de interinidad y formativos, de dicha posibilidad.

Durante ese tiempo de espera que transcurría desde la finalización del último contrato de inserción que hubiera supuesto la superación del límite de los nueve meses, el trabajador podría ser contratado conforme a alguna de las restantes modalidades contractuales previstas en el ordenamiento jurídico laboral.

2.8. Salario y cotización a la seguridad social

Tal y como rezaba en el párrafo 3º del art. 15.1.d) ET, la retribución de estos trabajadores que se incorporasen a estos programas, sería la que fuese acordada entre las partes, sin que pudiera ser inferior a la establecida en su caso, para estos contratos de inserción en el convenio colectivo que resultase aplicable. De este modo, la regulación de esta modalidad de inserción en lo que a su retribución se refiere, no constituyó ninguna excepción a la regla general vigente en todo contrato de trabajo a la hora de fijar el salario, ya viniese este fijado en convenio colectivo o en el contrato individual y teniendo en cuenta que el pacto individual entre el contratado de inserción y la Administración Pública, la entidad no lucrativa o la empresa de inserción contratante nunca podía disponer un importe inferior al establecido, para los contratados de inserción, en el convenio colectivo aplicable en la Administración pública o en la entidad no lucrativa que lo hubiese contratado.

Respecto de la cuantía del salario base y de la percepción de complementos salariales, se seguía el régimen jurídico dispuesto para la retribución salarial de los trabajadores por cuenta ajena. En lo relativo a la cotización del contratado de inserción a la Seguridad Social, dicha cotización se entendía correlativa al salario efectivamente percibido por el trabajador, al igual que ocurre en el caso de las restantes modalidades contractuales laborales.

Tanto la retribución salarial que se pactase como las cotizaciones a la Seguridad Social, resultaban expresivas de la existencia de una relación laboral, por lo que el demandante de empleo una vez contratado bajo la modalidad de inserción, dejaba de percibir la prestación contributiva o el subsidio por desempleo que eventualmente, estuviera percibiendo con anterioridad a celebrar dicho contrato, como sucedería si se tratase de un contrato de trabajo ordinario en atención al art. 213.1.d) LGSS.

No obstante, y a diferencia de otras relaciones laborales, el art. 15.1.d) ET en su párrafo segundo hacía referencia a la base mínima del grupo de cotización al que correspondiese la categoría profesional desempeñada por el trabajador,

como cuantía subvencionada por los servicios públicos de empleo competentes. Por tanto, la Administración Pública o la entidad no lucrativa o la empresa de inserción, que utilizase este contrato de inserción se veía beneficiada, como consecuencia de la subvención a efectos salariales y de cotizaciones a la Seguridad Social, pero sólo hasta el límite de la cuantía correspondiente a la base mínima del grupo profesional en el que se encuadrase al trabajador de inserción, de modo que si este último percibía un salario superior y, por tanto, su cuota a la Seguridad Social era correlativamente más elevada, la diferencia que sobrepasase el límite señalado, debía ser asumida por la Administración Pública o a la entidad no lucrativa o en su caso por la empresa de inserción contratante[10].

3. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL CONTRATO DE INSERCIÓN Y LOS TRABAJOS DE COLABORACIÓN SOCIAL

Dentro de las medidas de fomento del empleo, el contrato de inserción resultaba expresivo de una técnica de creación de empleo y de protección a los desempleados, mientras que los trabajos de colaboración social se encuadrarían sólo dentro de las técnicas de protección de los desempleados.

El art. 213.3 de la ya derogada Ley General de Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, estaba dedicado a los trabajos de colaboración social, y en este ámbito venía a disponer que los trabajos de colaboración social que la entidad gestora podía exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo no implicaban la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en que se prestasen dichos trabajos, manteniendo el trabajador el derecho a percibir la prestación o el subsidio por desempleo que legalmente tuviera reconocido. De ahí obtenemos una primera e importante diferencia respecto del contrato de inserción, puesto que este último sí fue configurado como una relación laboral, ubicada en el ámbito de los contratos de trabajo de duración determinada estructurales; mientras que los trabajos de colaboración social eran concebidos como actividades laborales no encuadrables dentro del contrato de trabajo, sino como una medida de política social de naturaleza extracontractual[11].

[10] Se observa así el importante papel que en el diseño de esta modalidad contractual estaban llamados a desempeñar los servicios públicos de empleo competentes. Para un análisis en profundidad de esta contribución, Vid. QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. "El contrato de inserción". Revista Ministerio del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 33. Pag. 189-214.

[11] Respecto a los requisitos que han de reunir los trabajos de colaboración social cuando el empleador es Administración Pública, Vid. STS Sala de lo Social, Recurso nº 3090/2012, de 22 de enero 2012.

Esta diferencia entre ambas instituciones resulta sumamente relevante, en la medida en que trae como consecuencia que no resultase aplicable, a los trabajadores de colaboración social, el contenido de los convenios colectivos ni tampoco el conjunto de la legislación laboral. Sin embargo, los contratados de inserción sí se veían afectados por dicha regulación convencional y normativa laboral.

Otra diferencia que podemos establecer entre estos trabajos de colaboración social y los contratados de inserción iba referida a las características de los demandantes de empleo a los que se dirigían cada una de estas medidas. En este sentido, en primer lugar, los desempleados que realizasen trabajos de colaboración social lo hacían en calidad de demandantes de empleo, y tenían habilitada la posibilidad de compatibilizar estos trabajos con la percepción de la prestación contributiva o del subsidio de desempleo, al no quedar estos trabajos reconocidos como objeto de una relación laboral[12].

Sin embargo, los contratados bajo la modalidad de contrato de inserción eran como hemos analizado, demandantes de empleo, inscritos como tales en la oficina de empleo correspondiente, pero podían ya haber agotado su derecho a percibir dichas prestaciones económicas de la Seguridad Social, en caso de que hubiera nacido este derecho a percibirlas con anterioridad.

Por otro lado, y en segundo lugar, si el desempleado contratado de inserción estuviera percibiendo alguna de las prestaciones económicas de desempleo de la Seguridad Social, dejaría de percibirla durante la vigencia del contrato de inserción, en aplicación de la regla del art. 213.1.d) LGSS, sobre extinción del derecho mencionado en caso de realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses.

La tercera diferencia vendría dada por la necesidad de que el demandante de empleo que estuviese interesado en realizar un contrato de inserción, debía prestar su consentimiento, como elemento esencial para la propia validez de dicho contrato, y ello como expresión de voluntad que resulta inherente a todo contrato. Por el contrario, los trabajos de colaboración social, como hemos señalado, resultaban de obligatoria realización, so pena de perder en caso contrario, su derecho a percibir la prestación contributiva o asistencial de desempleo.

[12] En línea con esta consideración, la redacción que presentaba el ya derogado RD Legislativo 1/1994, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en su artículo 213, dedicado a los supuestos de extinción del derecho a la percepción de la prestación por desempleo, recogía expresamente en su letra b) dentro de los mismos, el "rechazo de una oferta de empleo adecuada o negativa a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación y reconversión profesionales, salvo causa justificada".

Continuando con el régimen jurídico dispuesto para los trabajos de colaboración social en el art. 213.3 LGSS, se señalaba que la entidad gestora de la Seguridad Social podía promover la celebración de conciertos con Administraciones Públicas y entidades sin ánimo de lucro en los que quedasen identificados dichos trabajos de colaboración social. En este punto, podemos observar cierta similitud de planteamiento con el contrato de inserción, puesto que la oficina de empleo adquiere protagonismo, al financiar a través de las partidas de gasto que correspondan, los costes salariales y de Seguridad Social de estas contrataciones, lo mismo que ocurría en el ámbito de colaboración con las Corporaciones Locales, la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y/o servicios de interés general y social.

Además, los contratantes eran las Administraciones Públicas, entidades sin ánimo de lucro y empresas de inserción, dentro de los programas públicos que servían de marco en el que encuadrar la actividad a realizar por el contratado de inserción. Dichos sujetos también aparecían entre los que podían celebrar el concierto con el INEM en relación con los trabajos de colaboración social, solicitando a la oficina de empleo, el número de desempleados que iban a dedicar a tareas de colaboración social.

Respecto de los requisitos que se exigían para calificar un trabajo como de colaboración social, destaca el art. 213.3 LGSS, los cuatro siguientes: Ser de utilidad social y redundar en beneficio de la comunidad; Tener carácter temporal; Coincidir con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado; No suponer cambio de residencia habitual del trabajador.

Los dos primeros requisitos figuraban expresamente como características del contrato temporal de inserción, cuyo objeto es la realización de una obra o servicio de interés general o social. No obstante, el tiempo máximo de duración del trabajo de colaboración social debía ser igual al tiempo de prestación que le faltase al trabajador desempleado por percibir la prestación o subsidio de desempleo reconocido. Se trataba de una limitación temporal, que no afectaba a la duración de los trabajos en sí, sino a la adscripción del desempleado que iba a realizarlos, de modo que se produciría el cese en la realización de los mismos cuando terminase el espacio temporal que le restase por percibir la prestación económica de desempleo. De ahí que, al no poder percibirse con carácter indefinido la prestación económica de desempleo, tampoco podía tener carácter indefinido la prestación de los trabajos de colaboración social.

Además, la superación de esa duración máxima no significaba en ningún caso que la relación deviniera en indefinida, ni que se transformase en alguna de las restantes modalidades contractuales temporales, porque, como ya hemos señalado, no estamos ante una relación laboral, porque, de lo contrario, se estarían

obviando los criterios constitucionales de mérito y capacidad para acceder a la función pública, así como el principio de igualdad de oportunidades y de libre acceso a la función pública. Este último argumento también es válido para justificar la temporalidad del contrato de inserción. Debemos recordar, no obstante, la fijación de un tiempo de espera de tres años para que el contratado de inserción pudiese volver a acogerse a esta modalidad contractual si esa relación duró más de nueve meses. Sin embargo, no existía ninguna medida similar en relación con los trabajos de colaboración social.

Por su parte, el art. 6 de la derogada Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, en vigor durante la vigencia del contrato de inserción, reiteraba los requisitos ya analizados para la calificación de trabajos de colaboración social, añadiendo, primero, que debían ser concertados con un Organismo público o privado de utilidad social, o de carácter benéfico o asistencial sin ánimo de lucro, sujetos que, como ya hemos señalado, también son coincidentes con los contratantes de inserción; y, segundo, que se realice en el ámbito de la oficina de empleo en la que esté registrado el desempleado.

Como venimos poniendo de manifiesto, el salario del contratado de inserción sería el pactado entre las partes o en el convenio colectivo aplicable en el centro de trabajo en que se desarrollase, por lo que, a diferencia del trabajador de colaboración social, sí quedaba supeditada su retribución, al grupo profesional en el que se incluyese.

En cuanto a la cotización a la Seguridad Social, era la Administración Pública o la entidad no lucrativa, la responsable de ingresar por el desempleado que realizase en labores de colaboración social, las cuotas correspondientes a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, porque respecto de las restantes contingencias, se mantenía en la situación que se le reconociera con arreglo a la protección por desempleo. Para el contratado de inserción, la cotización a la Seguridad Social también era responsabilidad de la Administración Pública o de la entidad no lucrativa o de la empresa de inserción que lo hubiese contratado, como sucede en cualquier relación laboral ordinaria.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, vino a instaurar en nuestro país una nueva modalidad de contrato de trabajo temporal, el contrato de inserción, que quedó incorporado en una nueva letra d) al art. 15.1 ET. En virtud de dicho contrato, una Administración pública, entidad sin ánimo de lucro o empresa de inserción podía contratar a un demandante de empleo, inscrito en la oficina de empleo, para la realización una obra o servicio de interés

general o social. Con ello, se perseguía el objetivo de que el sujeto contratado bajo esta modalidad pudiera adquirir la experiencia laboral necesaria y por ende una mejora en su ocupabilidad. Dicho en otras palabras, que aumentasen sus posibilidades de acceder a una ocupación laboral, por haber mejorado, a su vez, la empleabilidad de dicho sujeto.

El contrato de inserción constituyó así durante el periodo en que estuvo vigente en nuestro ordenamiento jurídico una medida de política activa de empleo de inserción laboral, destinado a incidir sobre la formación permanente del demandante de empleo, al mismo tiempo que le ofrecía la oportunidad de incorporarse al mercado de trabajo. De este modo, el contrato de inserción se incluía dentro del marco de las medidas de acción para la inclusión social y el fomento del empleo, que cada Estado miembro debía tomar para poner en práctica la Estrategia Europea por el Empleo.

A día de hoy, el tiempo transcurrido desde que esta modalidad contractual hiciera su aparición en nuestro ordenamiento jurídico y los acontecimientos que rodearon el nacimiento y la pérdida de vigencia de la misma, son por si solos suficientemente expresivos e incitan a que cada lector pueda sacar sus propias conclusiones respecto a la virtualidad que la misma vino a prestar a los fines a los que pretendía dar respuesta.

CONTRATOS TEMPORALES DE FOMENTO DEL EMPLEO

ROSA M. GONZÁLEZ DE PATTO

Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la S. Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO Y CONTRATACIÓN TEMPORAL.
2. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONTRATO TEMPORAL DE FOMENTO DEL EMPLEO EN NUESTRO SISTEMA DE CONTRATACIÓN.
3. LA RECUPERACIÓN RELATIVA DE LA CAUSALIDAD EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. EL PRINCIPIO DEL FIN DEL CONTRATO TEMPORAL COYUNTURAL.
4. LA REFORMA LABORAL DE 2001: LA RECUPERACIÓN EFÍMERA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DE FOMENTO DEL EMPLEO CON UN ENFOQUE "ASISTENCIAL".
5. LOS VIGENTES CONTRATOS TEMPORALES DE FOMENTO DEL EMPLEO.
6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO Y CONTRATACIÓN TEMPORAL

El desempleo es un mal endémico de los mercados de trabajo tan acusadamente terciarizados, como el español, problema que se agudiza gravemente en las coyunturas de crisis económica. En ese contexto, las políticas activas de empleo pueden valerse, entre otras herramientas, de medidas de fomento del empleo que pueden consistir bien en incentivos económico-financieros o bien en medidas jurídicas, entre las que se encuentran las de flexibilización del acceso al empleo, a base de facilitar la contratación temporal mediante modalidades ad hoc supeditadas únicamente a los requerimientos de coyuntura económica. Se trata de contratos de duración determinada desprovistos de causa, que se han dado en denominar contratos temporales "coyunturales" o fomento del empleo, en contraposición a los "estructurales" o causales.

Teniendo en cuenta que esta modalidad de contratación supone una quiebra de uno de los principios basilares del Derecho del Trabajo, el principio de estabilidad en el empleo, y que constituye el principal factor jurídico de precariedad laboral, debería ser una técnica de estímulo de la contratación a utilizar excepcionalmente, sólo para facilitar la inserción de colectivos desfavorecidos específicos, con el fin de evitar el desplazamiento y residualización del contrato indefinido, que, a día de hoy, continua instituido, al menos formalmente, como eje del sistema de contratación laboral.

En efecto, aunque el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores admite de principio las dos formas de contrato – indefinido y de duración determinada – , normalmente ha restringido la segunda vinculándola a supuestos causales tasados, referidos a necesidades estructurales de la empresa. Paralela y complementariamente, el legislador se ha valido de una serie de presunciones favorables a la duración indefinida del vínculo contractual, a modo de efectos "sancionadores" de incumplimientos de requisitos legales: presunciones "iuris tantum" en supuestos de omisión del requisito de forma escrita del contrato, de incumplimiento del deber de alta en la Seguridad Social, de falta de denuncia al término de los contratos temporales, y presunciones "iuris et de iure", en los supuestos de contratación temporal en fraude de ley.

Sin embargo, la preeminencia legal del contrato indefinido se ha visto neutralizada en la práctica por diversas razones, que pueden resumirse en dos. Por un lado, el modelo de contratación temporal causal solo lo es a efectos formales, no solo debido a la frecuente utilización empresarial de estos contratos en fraude de ley, sino también atendiendo al régimen jurídico flexible aplicable en materia de denuncia, suspensión contractual y coste de la extinción legal e incluso ilegal de

los mismos[1]. Por otra parte, debe ser resaltado, por lo que aquí interesa, el recurso del legislador a la contratación temporal acausal en coyunturas económicas de crisis y de graves incrementos de la tasa de desempleo, cuestión esta que constituirá el objeto de este estudio.

Estos dos factores jurídicos, aparte de otros de orden económico y sociológico, han propiciado una alta tasa de temporalidad en el mercado de trabajo español, que, pese a los intentos normativos de combatirla, continúa siendo de las mayores de la UE. Podría decirse que nuestro modelo normativo de contratación viene favoreciendo la precariedad laboral, una indeseable segmentación del mercado de trabajo, constituyendo, así, un factor de desigualdades sociales.

2. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONTRATO TEMPORAL DE FOMENTO DEL EMPLEO EN NUESTRO SISTEMA DE CONTRATACIÓN

La introducción de la contratación temporal acausal en nuestro sistema normativo se incardina en un modelo de política de empleo en el que prevalece el objetivo de fomento del empleo a costa de su calidad, permitiendo el uso del contrato de duración determinada para atender a necesidades productivas normales y permanentes de las empresas. A día de hoy esta modalidad contractual sólo se conserva de modo residual y excepcional en nuestro sistema de contratación laboral, como más adelante veremos, pero ha tenido una larga andadura en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, la utilización de esta técnica de fomento del empleo se inicia en España en la década de los ochenta en virtud, primeramente, del Real Decreto 14451982, dictado en base a la habilitación legal conferida por la primigenia redacción de los artículos 15.2 y 17.3 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, que regulaba una especial forma de contratación temporal, cuyo único requisito era que el trabajador contratado fuese un desempleado inscrito en la Oficina de Empleo.

Esta norma se amparaba, como se ha dicho, en la habilitación prevista en los precitados preceptos del Estatuto de los Trabajadores 8/80. En efecto, la primera versión del ET conserva la presunción de indefinición de los contratos laborales de la Ley 16/1976, de Relaciones Laborales, incluyendo dicha presunción de forma expresa en el encabezado del artículo 15 ET, amén de asumirlo como forma prioritaria de contratación y principal centro de imputación del régimen estatutario del contrato de trabajo. En este modelo, la contratación temporal se

[1] LAHERA FORTEZA, J : "Factores jurídicos y funciones del empleo precario en España", Relaciones Laborales, nº 9, mayo 2007.

configura como un recurso excepcional, sólo viable, en principio, si se dan las causas tasadas legalmente, pero con una salvedad innovadora que quiebra ese esquema: el novedoso contrato de fomento de empleo, desvinculado de exigencia de causalidad.

Así, el apartado d) del art. 15 ET delega en el Gobierno la facultad de poder modificar las reglas que determinan la duración de los contratos, admitiendo el uso del contrato temporal "*En atención a las circunstancias previstas en el apartado tres del artículo diecisiete, cuando el Gobierno haga uso de la autorización prevista en el mismo*". El artículo 17 en cuestión, en su apartado 3 establecía que: "*...No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo, que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores de edad avanzada, con capacidad laboral disminuida, desempleados y de quienes accedan al primer empleo*". Con ello, se abría la puerta a la temporalidad acausal como factor estimulador del empleo, y si bien en este primer momento se circunscribe, como se ha visto, a colectivos específicos desfavorecidos en el mercado de trabajo, servirá de antecedente para su ampliación sucesiva hasta llegar, progresivamente, a su práctica generalización en la década de los ochenta[2]. De este modo, arranca un proceso flexibilizador de la contratación temporal, cuyo punto álgido se centra en la reforma laboral de 1984, en la que, paradójicamente, como contrapunto a la delimitación cada vez más ajustada de las causas justificativas de los contratos temporales "estructurales" o causales, se eliminan todos los límites de los contratos temporales acausales, con el objetivo de fomentar el empleo.

En respuesta a la precitada habilitación legal, se promulga el, ya citado, RD 1445/82, de 25 de junio, regulador de diversas medidas de fomento del empleo, en cuyo preámbulo se afirma: "*La experiencia obtenida con la aplicación de las diversas medidas de fomento del empleo adoptadas en su día por el Gobierno, ha aconsejado la introducción de algunas modificaciones que agilicen su utilización, en aras de la consecución de unos índices de contratación más elevados, lo que permitirá reducir la tasa de desempleo*", para, a continuación incluir expresamente en su art. 2 , ap. 1.1 la contratación temporal como medida de fomento del empleo y ampliar, por otra parte, el ámbito subjetivo de esta modalidad contractual más allá de los colectivos más desfavorecidos en el empleo, previstos inicialmente en el art. 17.3 ET.

Poco después, la reforma laboral de 1984 supuso la institucionalización definitiva de la contratación temporal para el fomento del empleo y la consiguiente ruptura del principio de estabilidad en el empleo, eje axial del Derecho del

[2] RODRIGUEZ PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: "Un diagnóstico sobre el modelo español de temporalidad", Relaciones Laborales, nº 19, octubre, 2004.

Trabajo garantista, que se reorienta, así, para ponerse al servicio del Derecho del Empleo. En efecto, la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificaciones de determinados artículos de la ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores, liberaliza definitivamente el contrato temporal acausal, tanto subjetiva como objetivamente, permitiendo su utilización indiscriminada por las empresas para atender necesidades o actividades normales y permanentes. Para ello, la Ley 32/84 reformula el art. 15 ET, ampliando por un lado los supuestos de contratación temporal "estructural" o causal con el contrato de lanzamiento de nueva actividad, y, por otro, ampliando también el ámbito subjetivo del contrato temporal para el fomento del empleo.

El régimen jurídico del nuevo contrato temporal "coyuntural" para el fomento del empleo se establece, vía desarrollo reglamentario de la Ley 32/84, a través del RD 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo. En su exposición de motivos el legislador reglamentario es explícito en lo que se refiere a la ruptura de la causalidad en la contratación temporal en aras de la creación de empleo, cuando afirma: "*El artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, mantiene en su número 2, entre los supuestos en que pueden celebrarse contratos de duración determinada, aquellos cuya celebración no se justifica tanto por la naturaleza temporal de las necesidades que con ellos se pretenden atender cuanto por la importancia que dicha modalidad de contratación puede tener en la generación de nuevos empleos...*". Para a continuación añadir: "*... Por todo ello se hace necesario, una vez aprobada la Ley 32/1984, proceder a una nueva regulación de la contratación temporal como medida de fomento del empleo, y se impone hacerlo con criterios más flexibles y realistas que en ocasiones anteriores, por lo que resulta conveniente la eliminación de algunas de las limitaciones que han venido caracterizando el régimen jurídico de estos contratos*". Se consuma así la práctica universalización del contrato temporal sin causa, instituyéndose en la medida estrella de una política de fomento del empleo basada en su precarización.

El RD 1989/84, en efecto, universaliza, por un lado, esta modalidad contractual exigiendo como único requisito de los trabajadores a contratar su previa inscripción en las Oficinas de Empleo como demandantes de empleo (art. 1.1), y en lo que a los empleadores se refiere, la única exigencia es que el reclutamiento se efectúe a través de los servicios públicos de empleo (art. 2.1), convirtiendo así a éstos en intermediarios laborales exclusivos en este tipo de contrato. Por otro lado, la norma reglamentaria quiebra absolutamente el principio de causalidad en la contratación temporal al delimitar el objeto del contrato: la realización por el trabajador de actividades productivas dentro de las empresas "*cualquiera que fuera la naturaleza de las mismas*". Con una duración mínima de 6 meses

y máxima de 3 años, la ausencia de exigencia de causa, caracterizadora de las modalidades de contratación temporal "estructural", se compensaba aquí con el establecimiento de una indemnización por fin de contrato equivalente a 12 días de salario.

La opción de política legislativa que representó este cambio normativo fue clara: sumar a los empresarios en la tarea urgente de creación de empleo mediante la universalización y descausalización de la contratación temporal, a cambio de ignorar, por el momento, la vieja reivindicación empresarial de abaratamiento del coste del despido, aunque permitió a los empleadores sortear, indirectamente, el pago de las indemnizaciones por despido improcedente[3]. Como es lógico, este tipo de contrato temporal ultraflexible, tan favorable a los intereses empresariales, fue profusamente utilizado durante una década, hasta su supresión por la Ley 11/94, de 19 de mayo, contribuyendo de forma notable a elevar la ocupación tras un periodo de fuerte destrucción de empleo, aunque a costa, obviamente, de la destrucción de empleo estable y un lamentable incremento de la tasa de temporalidad, que llegó a representar en aquel momento un tercio de la población ocupada[4].

Los efectos perversos de este mecanismo de política de empleo se mostraron progresivamente: aparte de los de índole económica, una indeseable dualización del mercado de trabajo, con un núcleo, por un lado, formado por jóvenes capacitados que no logran insertarse laboralmente de forma estable, por lo que termina descapitalizándose profesionalmente, frente a otro núcleo de trabajadores estables, maduros, con carencias formativas que dificultan su adaptación a los cambios necesarios en los procesos productivos. Tal fenómeno, aparte de generador de desigualdades sociales, resultó a la larga muy perjudicial para los intereses empresariales, ya que dificultó la innovación tecnológica del sistema productivo, con el consecuente lastre para la productividad y la competitividad de las empresas[5].

3. LA RECUPERACIÓN RELATIVA DE LA CAUSALIDAD EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. EL PRINCIPIO DEL FIN DEL CONTRATO TEMPORAL COYUNTURAL

La reforma laboral de 1994 representó el punto de inflexión en la cultura normativa de la temporalidad "coyuntural" en la contratación laboral. La nueva

[3] PALOMEQUE LÓPEZ, C.: "Contratos de trabajo indefinidos y temporales (la duración del contrato como observatorio de las transformaciones económicas del ordenamiento laboral)", Relaciones Laborales, n. 17, septiembre 2009.

[4] El 33,8% en 1994, INE, EPA.

[5] VALDÉS DAL RÉ, F.: "25 años de precariedad en la contratación laboral", Relaciones Laborales, nº 23-24, 2010.

disciplina normativa del mercado de trabajo introducida por la Ley 11/94, de 19 de mayo, tuvo el confesado objetivo de contribuir a la adaptabilidad y flexibilidad del ordenamiento jurídico, tomando como «primer exponente», a tal efecto, «la regulación de los mecanismos de ingreso en la empresa y (de) la regulación de las modalidades de contratación». Pues bien, advertidos los negativos efectos del modelo normativo de contratación precedente, el legislador del 94 renunció expresamente a utilizar, al menos de manera estable, la contratación temporal no causal como medida de política de empleo, tratando de restablecer el principio de causalidad en los contratos de duración determinada.

En este sentido, en la nueva redacción dada al art. 15 ET desaparece la mención a la posibilidad de celebración («también») de «contratos de trabajo de duración determinada en atención a las circunstancias previstas en el apartado 3 del artículo 17, cuando el Gobierno haga uso de la autorización prevista en el mismo», tal y como figuraba en el antiguo apartado dos del modificado precepto. No obstante, la posibilidad de recurrir a este tipo de contratación no quedaba definitivamente cerrada, ya que el precitado art. 17,3 ET mantuvo intacta la habilitación dada al Gobierno para "regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo», y «cuando se utilice la contratación temporal como medida de fomento del empleo, la duración del contrato no podrá exceder de tres años» (art. 17.3 ET/1994). Es decir, lo único que se hace es desproveer a este tipo de contrato de su carácter de instrumento estable o normalizado de contratación temporal, al desvincularla del art. 15 ET[6], razón por la que se deroga la normativa reglamentaria que lo regulaba (RD 1989/84).

Puede afirmarse, así, que la Ley 11/94 pone fin a una primera etapa de la ordenación normativa de la contratación temporal caracterizada por una progresiva flexibilización de la contratación temporal, a la que se atribuye una función de fomento del empleo, primero referida a colectivos especialmente vulnerables en el acceso al mercado de trabajo para pasar poco después a generalizarse a toda la población laboral. A partir de dicha norma se inicia una segunda etapa en la que legisladores y gobiernos, a través de sucesivas reformas del mercado de trabajo, han pretendido enmendar los efectos perversos, ya comentados, de esta opción de política de derecho, intentando combatir la cultura de la temporalidad forjada en la fase anterior mediante la adopción de un conjunto de medidas que, sin embargo, no han logrado cumplir con las expectativas pretendidas[7].

Con todo, la derogación normativa del RD 1989/84 no acabo definitivamente con el uso del contrato temporal de fomento del empleo. Como se ha dicho,

[6] PALOMEQUE LOPEZ, C, op. cit.

[7] VALDÉS DAL RÉ, F.: "25 años de precariedad en la contratación laboral", cit.

la habilitación mantenida en el art. 17.3 ET del 94, permitió al Gobierno seguir haciendo uso de la contratación temporal de fomento del empleo con carácter transitorio, mediante la elaboración de programas anuales destinados a incentivar la contratación de desempleados en pequeñas empresas. Así, en el periodo 1994-1997, el recurso al contrato temporal de fomento de empleo quedará vinculado a la ejecución de programas concretos para determinados colectivos de trabajadores en paro, que fueron reeditándose, a partir del programa de fomento del empleo incluido en el art. 44 de la Ley 42/94, por sucesivas leyes de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado.

El abandono definitivo del contrato temporal no causal se produce con la Ley 63/ 1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y para el fomento de la contratación indefinida. La reforma laboral del 97, fruto del pacto entre los agentes sociales, plasmado en Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del empleo, viene a afianzar la senda que marcara la reforma no pactada del 94, en el sentido de proceder a la ruptura definitiva del modelo dual de contratación temporal – la ordinaria o estructural y la coyuntural o excepcional- , derogando la autorización al Gobierno para utilizar la contratación temporal como medida de fomento del empleo prevista en el art. 17.3 ET, si bien manteniendo con carácter residual la posibilidad de elaborar programas anuales dirigidos a colectivos específicos, y en particular el de las personas con discapacidad.

Por cierto, que la vigencia residual para trabajadores con discapacidad fue confirmada expresamente por vía jurisprudencial. En efecto, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la vigencia excepcional del contrato temporal de fomento del empleo[8] en el exclusivo caso de trabajadores minusválidos contratados por Centros Especiales de Empleo, en el marco del Real Decreto 1368/85. En palabras del propio Tribunal, el artículo 44 de la Ley 42/1994 introdujo el contrato de fomento de empleo para trabajadores minusválidos, y las sucesivas leyes anuales de *"acompañamiento a los presupuestos"* generales del Estado (Real Decreto 12/1995, Ley 13/1996; Ley 66/1997; Ley 50/1998; Ley 55/1999, en sus respectivas disposiciones adicionales) han venido manteniendo en vigor *"en lo relativo a los trabajadores discapacitados"*, el *"programa de fomento de empleo de la Ley 42/1994"*.

Pues bien, dado que entre las medidas correspondientes al Programa de Fomento de Empleo establecidas en dicha norma legal, destinadas a incentivar la contratación de minusválidos, se incluyó el Programa referente a la contratación temporal para el fomento de empleo, el TS acaba concluyendo que este era el único supuesto de contrato temporal para el fomento de empleo que subsistía en el ordenamiento laboral después de la reforma laboral de 1997.

[8] Sentencia de 15 de junio de 2005, Recurso 2495/2004, reiterada luego en otras dos sentencias más.

4. LA REFORMA LABORAL DE 2001: LA RECUPERACIÓN EFÍMERA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DE FOMENTO DEL EMPLEO CON UN ENFOQUE "ASISTENCIAL"

La reforma laboral sucesiva, operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, pretende dar una vuelta de tuerca más en el giro de la política de empleo hacia un modelo de contratación laboral más estable. Por ello, aun manteniendo en aparente paridad técnica las dos formas de contratación laboral posibles (indefinida y temporal), contempla en clave de excepción para supuestos tasados la segunda de ellas, profundizando en su limitación legal a través de una mayor concreción de las causas justificativas de los llamados contratos temporales estructurales. Sin embargo, este enfoque se modula con la introducción (art. 15.1.d) ET) de una nueva figura de contrato temporal acausal (art. 15.1.d) ET): el "contrato de inserción", con un ámbito subjetivo universal respecto de los trabajadores destinatarios de esta nueva medida de fomento del empleo, aunque restringido a específicos empleadores (Administraciones Públicas y entidades no lucrativas). El contrato, en efecto, habría de celebrarse entre un trabajador desempleado inscrito en la oficina de empleo y una Administración pública o entidad sin ánimo de lucro con el objeto de "realizar una obra o servicio de interés general o social" en el ámbito de los programas públicos establecidos a tal efecto.

De nuevo aquí los objetivos coyunturales de empleo están presentes, ya que su finalidad es, según rezaba la ley, la adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del empleado participante, pero contradictoriamente, el legislador de 2001 opta, con rigor técnico discutible, por introducirlo como si de una modalidad más de contrato temporal estructural o causal se tratase, en un nuevo apartado d) del art. 15.1 ET.

Como se ha dicho, esta modalidad contractual permitía a las Administraciones Públicas, a las entidades sin ánimo de lucro y a las denominadas por la Disposición Adicional novena de la Ley 12/2001, «empresas de promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social», contratar a desempleados para realizar una obra o servicio de interés general como medio de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del desempleado participante, dentro del ámbito de los programas públicos específicos. Según la Disposición Adicional decimosexta del ET, adicionada por la Disposición Adicional 5ª de la Ley 12/2001, los programas de mejora de la ocupabilidad de los demandantes de empleo a los que hacía referencia el art. 15.1 d) ET eran los regulados en la Orden Ministerial de 19 de diciembre de 1997, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas por el Instituto Nacional

de Empleo, en el ámbito de la colaboración con órganos de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, Comunidades Autónomas, Universidades e instituciones sin ánimo de lucro, que contraten trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social; así como en la Orden Ministerial de 26 de octubre de 1998, por la que se establecen las bases para la concesión de subvenciones por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito de la colaboración con las corporaciones locales para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social. No obstante, se previó la facultad del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de modificar el contenido de los programas citados, así como la posibilidad de que se estableciesen otros nuevos o no, a efectos del contrato de inserción.

Con todo, la vigencia de esta figura fue efímera, pues la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, procedía a la derogación de este último apartado del art. 15 de la norma estatutaria, y con ello la posibilidad de esta modalidad contractual transcurridos tan solo cinco años desde su creación, ante la constatación, tal como reconocía el propio legislador en la Exposición de motivos de la Ley 43/2006, de "no haber cumplido las expectativas para las que se creó". Pero ya antes de su derogación formal por dicha Ley, la Orden MTAS 2435/2004, de 20 de julio, por la que se excepcionan determinados programas públicos de mejora de la ocupabilidad en relación con la utilización del contrato de inserción, procedió a su expulsión práctica o material del sistema de contratación. En efecto, en el preámbulo de la citada Orden se afirmaba que «*desde enero de 2002, fecha de inicio de la aplicación del contrato de inserción, se han producido efectos no deseados desde el punto de vista del fomento del empleo y mejora de la ocupabilidad de los desempleados: por una parte, la baja financiación que este tipo de contratos lleva aparejada, está produciendo una inhibición importante de las entidades colaboradoras a la hora de participar en los planes de empleo; por otro lado, la rotación de los trabajadores imposibilita que, en los municipios pequeños y medianos, puedan desarrollarse los citados programas con carácter permanente y regular, lo cual aconseja excepcionar su utilización en los programas de mejora de la ocupabilidad regulados por las Órdenes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 19 de diciembre de 1997 y 26 de octubre de 1998 antes citadas*».

A partir de ahí, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, no hizo sino formalizar la carta de defunción definitiva de esta efímera figura contractual.

5. LOS VIGENTES CONTRATOS TEMPORALES DE FOMENTO DEL EMPLEO

Aunque el objetivo primordial de reforma laboral de 2006 fue la recuperación del principio de causalidad en la contratación temporal, y en ese sentido la medida más significativa adoptada para combatir la tasa de temporalidad de nuestro mercado de trabajo fue la regla limitativa de la contratación temporal sucesiva, introducida por el nuevo apartado 5 del reformado art. 15 ET[9], la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, dejó sin embargo un resquicio a nuevos supuestos de contratación temporal acausal, bien es cierto que, en esta ocasión, restringidas a dos colectivos muy específicos de trabajadores con especiales y graves dificultades de empleo: discapacitados y personas en situación de exclusión social.

La temporalidad, como incentivo coyuntural a la contratación laboral, recupera el enfoque que nunca debiera haber perdido: una medida de política de empleo al servicio exclusivo del principio de igualdad de oportunidades, esto es, para facilitar la inserción laboral de colectivos específicos desfavorecidos en el mercado de trabajo, de modo que el contrato de trabajo asume aquí, una vez más, la función asistencial que ha cumplido en aquellas ocasiones en las que el legislador lo convierte en un instrumento de integración socio-laboral.

Así, de nuevo al amparo de artículo 17.3 ET, la mencionada Ley 43/2006 (Disp. Adicional 1ª), regula el contrato temporal de fomento del empleo para *personas con discapacidad*. En virtud de esta figura, las empresas podrán contratar temporalmente para la realización de sus actividades, cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas, a «trabajadores con discapacidad desempleados inscritos en la oficina de empleo, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100» o a «pensionistas de la seguridad social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

Con la nueva figura, la contratación temporal de discapacitados deja de ser un reducto para los Centros especiales de Empleo, y se amplía a cualquier tipo de empresa. Su régimen jurídico se sintetiza como sigue: La duración no podrá ser inferior a doce meses ni superior a tres años; si se conciertan por un plazo inferior a ese límite máximo podrán prorrogarse por períodos no inferiores a doce meses. A la terminación del contrato el trabajador tendrá derecho a percibir una compensación económica equivalente a doce días de salario por año de servicio.

[9] VALDES DAL RÉ, F., op. cit.

No obstante se establecen algunos límites a los empleadores potenciales: no podrán hacer uso de este tipo de contratos las empresas que en los doce meses anteriores a la contratación hayan extinguido contratos indefinidos por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo, computándose dicho plazo a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo.

Se trata, por lo demás, de contratos subvencionados para reforzar, así, su potencialidad insertiva, siéndoles de aplicación la subvención establecida en el artículo 12 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad, destinada a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales al trabajador con discapacidad contratado o para eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los trabajadores con discapacidad.

Por otra parte, la misma Ley 43/2006 de Mejora del crecimiento y del empleo, esta vez a través de su Disp. Final 5, habilitó también al Gobierno a aprobar una ley que regulase las Empresas de Inserción, lo que tuvo lugar mediante la Ley 44/07 de 13 de diciembre, de Empresas de Inserción (LEI). La finalidad de las empresas de inserción, que han de ser promovidas por entidades no lucrativas, es facilitar la inserción laboral de personas en situación de exclusión, debidamente acreditadas por los servicios sociales autonómicos, y por tanto con graves carencias de empleabilidad, procurándoles para ello un trabajo remunerado y un itinerario de formación, como vía de tránsito al mercado de trabajo normalizado. Así, el art. 4 LEI establece, «tendrá la consideración de empresa de inserción aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa legalmente constituida que, debidamente calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia, realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario». Los destinatarios de la inserción sociolaboral, a efectos de la LEI (art. 2) son las personas desempleadas en situación o en grave riesgo de exclusión social integrantes de alguno de los siguientes colectivos:

- Perceptores de rentas mínimas de inserción, las personas que no hayan podido acceder a las mismas, bien por no cumplir el periodo temporal de empadronamiento exigido y aquellas que hayan agotado el periodo máxima de percepción.

- Desempleados de muy larga duración.

- Jóvenes que no hayan finalizado el período de escolaridad obligatoria y se encuentren en situación de desempleo.

- Ex-toxicómanos que se encuentren en proceso de rehabilitación y reinserción social. E

- Otros colectivos como: minorías étnicas, inmigrantes o personas con cargas familiares no compartidas y en situación de exclusión.

Aunque se trata de una lista en principio cerrada, la doctrina ha postulado una interpretación extensiva del ámbito subjetivo del contrato, de modo que para su vinculación a la empresa de inserción baste el informe sociolaboral positivo de los servicios sociales autonómicos[10].

Pues bien, en el marco de esta Ley y al servicio exclusivo de este tipo de empresas se crea otra figura de contrato temporal de fomento del empleo, dentro de las posibilidades legales de articulación de las relaciones laborales que se desarrollan en su seno. El legislador de la LEI optó por articular la relación de trabajo de los trabajadores en las empresas de inserción a través de un contrato de trabajo común aunque con las peculiaridades previstas en el propio texto legal, pese al cuestionamiento doctrinal de esta opción de política del derecho, dado que el verdadero objeto del contrato, se ha dicho, no es aquí el intercambio de trabajo por salario sino más bien la inserción laboral del trabajador en el mercado ordinario y la adquisición de hábitos socio-laborales que lo hagan posible. El contrato de trabajo se torna aquí en instrumento de inserción social cumpliendo una función eminentemente asistencial, por lo que, para la doctrina, hubiera debido excluirse del ámbito de la legislación laboral, ya que pese a que la prestación de trabajo sea remunerada, el ingrediente formativo prevalece sobre el productivo, desvirtuándose así la presunción de laboralidad del art. 8 ET[11].

Dentro de las modalidades contractuales a las que puede acogerse la empresa de inserción para la incorporación del trabajador, la LEI (art. 12.1) admite todas las temporales o de duración determinada previstas en la legislación laboral, amén de una específica de fomento del empleo, regulada en el art. 15 del texto legal, que es la que aquí interesa. De todos modos, conviene hacer algunas consideraciones sobre las figuras contractuales posibles en el seno de las empresas de inserción.

Así, en lo concerniente al contrato indefinido, pese a no existir ningún precepto en la LEI que explícitamente lo prohíba, la propia esencia de la empresa de inserción – servir de puente para el acceso del trabajador a una empresa ordina-

[10] M. R. VALLECILLO GAMEZ y C. MOLINA NAVARRETE: Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión, Ed. Comares, Granada, 2008.

[11] AGUILERA IZQUIERDO, R.: "La relación laboral de los trabajadores en situación de exclusión social en las empresas de inserción", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº. 83

ria- haría incoherente esta hipótesis, como ya pusiera de manifiesto el CES en el dictamen preceptivo al Anteproyecto de la LEI.

Sin embargo, el problema de mayor calado que presenta la articulación de las relaciones laborales en el caso de las empresas de inserción, es el reenvío a las modalidades contractuales causales del art. 15 ET, teniendo en cuenta la naturaleza esencialmente temporal de la vinculación del trabajador con este tipo empresa[12]. En este sentido, la modalidad más adecuada sería el contrato para obra o servicio determinados, ya que la naturaleza de su objeto podría ser predicable del itinerario de inserción, objeto prevalente de la relación laboral que se constituye entre trabajador y empresa de inserción, pero, a salvo de esta supuesto, la contratación temporal no viene a cubrir necesidades productivas temporales de la empleadora. Desde este punto de vista, por tanto, resulta más coherente la opción legislativa por el contrato temporal de fomento del empleo ex art. 12 y 15 LEI[13].

Este nuevo contrato temporal acausal es un contrato atípico al desempeñar, junto al resto de los que pueden formalizarse por parte de la empresa de inserción, una función predominantemente asistencial, ya que el legislador lo utiliza, en esencia, como instrumento de integración socio-laboral, como ya se hiciera con el precedente contrato de inserción de la reforma laboral de 2001, así como sucede con el contrato de trabajo de los extranjeros extracomunitarios sin permiso de trabajo, al que la Ley 4/2000, de Extranjería, da validez, pese a concurrir un vicio que, en otro caso, comportaría su nulidad radical[14] .

Como se ha dicho, el art. 12 LEI prevé que, con independencia de la causa, la empresa de inserción podrá utilizar el contrato temporal de fomento del empleo, reenviando el art. 15.1 LEI, en lo relativo a su régimen jurídico, a lo previsto en la DA 1ª de la Ley 43/2006 para el contrato de fomento del empleo de discapacitados, si bien con las "peculiaridades" establecidas en el señalado precepto de la LEI. Estas particularidades referidas consisten en la inaplicación de algunas de las previsiones de la DA 1ª de la Ley 43/2006 en relación con el contratos de los discapacitados. Así, la duración podrá ser inferior a 12 meses, si así lo aconsejan los servicios sociales autonómicos competentes, aunque con el tope mínimo de 6 meses; no será aplicable la subvención establecida en el artículo 12 del RD 1451/1983, de 11 de mayo, que en desarrollo de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos; tampoco será

[12] LUJÁN ALCARÁZ, J.: Empresas de inserción, Aranzadi Social, núm. 20, 2007.

[13] SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: El contrato de inserción laboral y los programas públicos de mejora de la ocupabilidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

[14] MONTOYA MELGAR, A. : «El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales», Aranzadi Social, nº 3, 2006.

de aplicación la subvención establecida para promover la conversión del contrato en indefinido, prevista en el RD 1451/1983, de 11 de mayo.

Por otra parte, el art. 15.3 LEI limita el ámbito subjetivo de este contrato, con la prohibición de contratación de trabajadores que en los dos años inmediatamente anteriores hubiesen trabajado en la misma u otra empresa, salvo decisión en contra de los servicios sociales competentes en supuestos de fracaso de un itinerario formativo anterior o recaída en la situación de exclusión.

Se constata, pues, que el control que ejercen los servicios sociales autonómicos sobre el desarrollo del itinerario de inserción tiene una significativa proyección en las condiciones de trabajo del trabajador en este caso, ya que de su decisión depende la reducción de la duración mínima general del contrato, su posible prórroga, así como su contratación posterior a un itinerario formativo frustrado.

6. CONCLUSIONES

Desde la aprobación de la primera versión de nuestro Estatuto de los Trabajadores de 1980, la evolución normativa del régimen jurídico de los contratos temporales no causales, para el fomento del empleo, presenta dos etapas diferenciadas, cuya línea de demarcación viene dada por la reforma laboral de 1994. Antes de ella, el legislador apostó por una política de empleo vorazmente flexibilizadora de la contratación, en la que la medida estrella es la figura del contrato temporal sin causa, que durante diez años terminó convirtiéndose en una modalidad contractual típica, estable y prevalente en nuestro sistema de relaciones laborales.

No puede negarse que supuso un factor jurídico de crecimiento del empleo en la década 84-94, pero como contrapunto, aparte de llevar a nuestro país a encabezar el ranking en tasa de temporalidad – y por tanto, de precariedad laboral – de la Unión Europea, ha sido también el mejor exponente jurídico del modelo flexible de Derecho del Trabajo, al instituirse en un instrumento al servicio de intereses empresariales: económicos, a base de la reducción de costes laborales, y organizativos, favoreciendo la flexibilidad en la organización del trabajo. Estos beneficios cortoplacistas se tradujeron en inconvenientes a largo plazo para las empresas, ya que a su través se incorporó al mercado de trabajo mano de obra poco cualificada, poco adaptable a la innovación de los procesos productivos, lo que redundó en perjuicio de la productividad y competitividad empresariales.

Ante un escenario tan negativo, a partir de la Ley 11/1994, el legislador laboral ha pretendido, a través de las sucesivas reformas del mercado de trabajo, un cambio de tendencia favorable al contrato indefinido y a la recuperación del prin-

cipio de causalidad en la contratación temporal, que, no obstante, no han logrado cumplir con las expectativas planteadas, a la vista de la arraigada segmentación que sigue mostrando nuestro mercado laboral a día de hoy. En ese contexto, quizá el logro más destacable haya sido la limitación progresiva y la residualización del contrato temporal coyuntural.

De este modo, a partir de la reforma laboral de 1997, las únicas figuras de contrato temporal de fomento del empleo que se mantienen en la legislación laboral recuperan su papel originario, como instrumentos de inserción laboral de colectivos vulnerables o desfavorecidos en el empleo, tales como discapacitados y personas en situación de exclusión social, pivotando así esta modalidad contractual entre la función de estímulo al empleo y una función asistencial de integración socio-laboral.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILERA IZQUIERDO, R.: "La relación laboral de los trabajadores en situación de exclusión social en las empresas de inserción", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº. 83

LAHERA FORTEZA, J.: "Factores jurídicos y funciones del empleo precario en España", *Relaciones Laborales*, nº 9, mayo 2007.

LUJÁN ALCARAZ, J.: *Empresas de inserción*, Aranzadi Social, núm. 20, 2007.

MARTÍN BARREIRO, M.: *Los contratos temporales causales*, Tirant Lo Blanch, 2016.

MONTOYA MELGAR, A.: «El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales», *Aranzadi Social*, nº 3, 2006.

PALOMEQUE LÓPEZ, C.: "Contratos de trabajo indefinidos y temporales (la duración del contrato como observatorio de las transformaciones económicas del ordenamiento laboral)", *Relaciones Laborales*, n. 17, septiembre 2009.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: "Un diagnóstico sobre el modelo español de temporalidad", *Relaciones Laborales*, nº 19, octubre, 2004.

SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: *El contrato de inserción laboral y los programas públicos de mejora de la ocupabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

VALDÉS DAL-RE, F.: "25 años de precariedad en la contratación laboral", Relaciones Laborales, nº 23-24, 2010.

VALLECILLO GÁMEZ M.R. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Ed. Comares, Granada, 2008.

EL CONTRATO DE PRIMER EMPLEO JOVEN

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.
2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE PRIMER EMPLEO JOVEN.
3. INCENTIVOS A LA TRANSFORMACIÓN EN CONTRATOS INDEFINIDOS.
4. PARTICULARIDADES PARA LAS EMPRESAS USUARIAS Y ETTS.
5. INCIDENCIA REAL DEL CONTRATO DE PRIMER EMPLEO JOVEN EN EL MERCADO DE TRABAJO.

1. INTRODUCCIÓN

En 2013, en plena crisis económica y financiera y en un contexto de desempleo juvenil insostenible, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico laboral una nueva modalidad contractual: el denominado "contrato temporal de primer empleo joven". Esta modalidad contractual aparecía ya entre las quince medidas de impacto inmediato o "de choque" que, con efectos a corto plazo para estimular la contratación juvenil, preveía la *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016* (Ministerio de Empleo y Seguridad Social)[1]: Este contrato temporal de primer empleo joven es considerado como "una modalidad del actual contrato eventual cuya causa se encuentra en la ausencia de experiencia del trabajador". Su objetivo declarado era "incentivar que los jóvenes puedan tener una primera experiencia profesional". De esta manera, en ejecución de tales previsiones, el RD-L 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo[2], incorporó a nuestro ordenamiento jurídico algunas de las medidas que contemplaba dicha *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016*, entre éstas, el contrato de primer empleo joven (artículo 12), concebido como estímulo a la contratación que incide del lado de la demanda. Poco después la Ley 11/2013, de 26 de julio, que convalidaba dicho RD-L 4/2013, añadió algunas novedades y precisiones a su inicial régimen jurídico.

Transcurridos ya algunos años desde su aparición, consideramos que es un momento adecuado para una revisión del mismo, de su naturaleza jurídica, de su régimen jurídico y de su real aplicación, efectividad e incidencia en el empleo juvenil.

[1] Con este programa se pretendía incorporar a España los objetivos de la *Garantía Juvenil Europea*. Contenía hasta cien medidas "encaminadas a favorecer la inserción laboral de los jóvenes, ya sea por cuenta ajena o a través del emprendimiento". Tales medidas se clasificaban en función de su impacto y su desarrollo temporal. La Estrategia prioriza su actuación dirigida a jóvenes activos desocupados sin empleo anterior o con una experiencia previa inferior a tres meses (Prioridad 1). Conforme a los datos utilizados por la Estrategia (a cierre de 2012) respecto de los jóvenes de entre 16 y 29 años había 221.869 demandantes de empleo en paro sin empleo anterior y 398.547 desempleados con una experiencia laboral inferior a tres meses.

[2] Cuya Disposición Adicional 3ª preveía la concesión de un sello distintivo a las empresas que más se comprometan con la creación de empleo joven: el sello "Entidad adherida a la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016", cuyo procedimiento de concesión se encuentra en la Orden ESS/1299/2013 (BOE de 10 de julio de 2013), que tiene por objeto reconocer la labor de las entidades y empresas que presenten iniciativas dirigidas a fomentar el acceso de los jóvenes al mercado laboral, y que a su vez se enmarca en la promoción de políticas de responsabilidad social.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE PRIMER EMPLEO JOVEN

El artículo 12 de la Ley 11/2013 introduce una nueva modalidad contractual que tienen por finalidad "incentivar la adquisición de una primera experiencia profesional". Se trata del denominado "contrato de primer empleo joven", que, para nuestra sorpresa, se configura legalmente como una modalidad del contrato eventual regulado por el artículo 15.1.b del TRET. Por tanto, su régimen jurídico será el de tales contratos temporales, salvo las precisiones establecidas específicamente para el contrato de primer empleo joven en dicho artículo 12 de la Ley 11/2013.

2.1. Requisitos para formalizar el contrato de primer empleo joven

En primer lugar nos encontramos con un requisito objetivo que demuestra el carácter excepcional y transitorio que como veremos tiene el contrato de primer empleo: que solo será posible que las empresas celebren dicho contrato mientras que la tasa de desempleo en nuestro se encuentre por encima del 15 por 100; o dicho de otra manera, que el contrato de primer empleo joven no se podrá formalizar cuando la tasa de desempleo se encuentre por debajo de dicho porcentaje[3].

En cuanto a los requisitos subjetivos que se exigen respecto del trabajador, hay que precisar que el contrato de primer empleo joven va dirigido exclusivamente a "jóvenes desempleados menores de treinta años que no tengan experiencia laboral o si ésta es inferior a tres meses" (artículo 12.1 Ley 11/2013). Por tanto, son tres los requisitos exigidos al trabajador contratado bajo esta modalidad contractual: el encontrarse en situación de desempleo; la edad y la falta (o insuficiencia) de experiencia laboral.

a) Es una modalidad contractual prevista únicamente para la contratación de personas desempleadas, lo que, como más adelante veremos, evidencia que tiene como objetivo principal el fomento de empleo, esto es, la creación de puestos de trabajo.
b) Este contrato va dirigido únicamente a jóvenes desempleados de entre 16 y 29 años. Para la *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016*, las actuaciones previstas se dirigían, con carácter general, a jóvenes menores de 30 años, especialmente a los que se encuentra en situación de

[3] No es el artículo 12 de la Ley 11/2013 la que establece esta previsión, característica de una legislación de urgencia y (aparentemente) transitoriedad, sino su Disposición Transitoria 1ª (Aplicación temporal de las medidas): "las medidas establecidas en los artículos del 9 al 13 de esta ley se mantendrán en vigor hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por 100, tal y como se establezca reglamentariamente por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social".

desempleo; pero también, excepcionalmente, para el caso de personas con discapacidad, con un grado reconocido igual o superior al 33 por 100, se eleva en 5 años más (jóvenes discapacitados menores de 35 años). Dicha previsión no fue inicialmente acogida por el Real Decreto-Ley 4/2013, pero sí por la ley de convalidación. Así, expresamente, la Disposición Adicional 9ª (Personas con discapacidad) de la Ley 11/2013 establece que los incentivos a la contratación previstos en los artículos 9, 10, 12, 13 y 14 de la presente ley, serán también de aplicación cuando el contrato se celebre con jóvenes menores de 35 años que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, siempre que cumplan también el resto de requisitos previstos en los referidos artículos. Por tanto, el contrato de primer empleo joven, considerado como incentivo a la adquisición de una primera experiencia laboral ve expresamente ampliado su ámbito subjetivo al incluir no solo a jóvenes menores de 30 años sino también a jóvenes discapacitados menores de 35 años.

c) Además, se trata de jóvenes *sin experiencia laboral* o con *escasa experiencia laboral*, entendiéndose por tal aquella que es inferior a 3 meses[4]. Este *requisito subjetivo* se convierte en última instancia, tal y como veremos más adelante, en la *causa (no temporal) del contrato*.

Pero también se exigen determinados requisitos a la empresa para celebrar este contrato de primer empleo joven. En concreto, a la empresa o trabajador autónomo que pretenda contratar bajo esta modalidad se le exige "no haber adoptado en los 6 meses anteriores a la celebración del contrato decisiones extintivas improcedentes" en relación con "la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo" (artículo 12.3 de la Ley 11/2013). Dicha previsión es idéntica que la prevista para el contrato de apoyo a los emprendedores (artículo 4.6 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), aunque a diferencia de aquél (previsto únicamente para empresas de menos de 50 trabajadores) puede celebrar el contrato de primer empleo joven cualquier empresa, con independencia de su tamaño, esto es, con independencia del número de trabajadores que conforme su plantilla[5].

[4] Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 11/2013 no prosperó la Enmienda núm. 148 (Grupo Parlamentario Catalán) que pretendía ampliar el número potencial de jóvenes destinatarios del contrato de primer empleo joven al "posibilitar la realización del contrato de primer empleo joven a jóvenes con experiencia laboral inferior a seis meses en lugar de tres meses" (BOCG, Congreso de los Diputados, de 29 de mayo de 2013, páginas 128 a 129).

[5] Aunque no constituye en sentido estricto un requisito, habría que tener en cuenta la compatibilidad de contrato de primer empleo joven con otras modalidades contractuales o programas de subvenciones y ayudas previstas específicamente por la contratación de jóvenes. Así, por ejemplo, respecto del programa andaluz "Bono de Empleo Joven", el artículo 32 de la Ley andaluza 2/2015, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el

2.2. Duración del contrato

La duración del contrato de primer empleo joven es un simple convencionalismo, puesto que en realidad nos encontramos ante un contrato de duración determinada sin causa alguna que justifique la temporalidad. Se podría haber fijado cualquier otra duración, pues no está vinculada realmente a una necesidad de trabajo temporal en la empresa. En cualquier caso, finalmente se optó por fijar una duración mínima de 3 meses y máxima de 6 meses, aunque ampliable hasta 12 meses por convenio colectivo sectorial estatal, o en su defecto de ámbito inferior (artículo 12.2.b y 12.2.c del TRET)[6]. Pese a la llamada que la norma legal hace a la negociación colectiva para la adaptación y eventual ampliación de la duración del contrato de primer empleo joven, son minoritarios, excepcionales, los convenios colectivos que lo hayan incorporado como contenido. Uno de esos pocos casos en los que se hace uso de esta remisión legislativa expresa a la negociación colectiva lo encontramos, por ejemplo, en el artículo 26 del CC del Sector de la Hostelería de Sevilla (BOP de Sevilla de 17 de octubre de 2013) se refiere al denominado "contrato joven" para elevar su duración máxima: "el contrato de Primer empleo joven previsto en el artículo 12 del RDL 4/2013, de 22 de febrero, que se realicen en el ámbito de aplicación de este Convenio, podrán tener una duración de 9 meses".

Por otro lado, hay que destacar cómo la Ley 11/2013 añade algo que no estaba inicialmente previsto, al menos de forma expresa: la posibilidad de prórroga cuando la duración establecida sea inferior a la máxima legal o convencional (artículo 12.c Ley 11/2013). Para ello se requiere acuerdo de las partes y sólo se podrá prorrogar por una única vez sin que la duración total pueda exceder de la duración máxima[7].

---

empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajador autónomo, tras establecer como requisito para poder formalizar un contrato con las personas titulares de un Bono de Empleo Joven el que tenga una duración de al menos 12 meses y sea a jornada completa, admite que se podrán utilizar cualesquiera de las distintas modalidades de contratos reguladas en la legislación laboral vigente, a excepción del "primer contrato de empleo joven y el contrato indefinido de apoyo a emprendedores".

[6] Durante la tramitación parlamentaria de esta norma se barajaron otras duraciones del contrato. En este sentido, la Enmienda núm. 148 (Grupo Parlamentario Catalán) defendió sin éxito que la duración fuera como mínimo de 6 meses y como máximo de 3 años, aunque en tal caso sin que por convenio colectivo se pudiera aumentar dicha duración (BOCG, Congreso de los Diputados, de 29 de mayo de 2013, páginas 128 a 129). Respecto a esta ampliación de la duración del contrato de primer empleo joven, el portavoz del Grupo Parlamentario Catalán en la Comisión de Empleo y Seguridad Social (Diario de Sesiones del Senado de 2 de julio de 2013, página 8) consideraba positivo esta modalidad contractual, pero entendiendo que "un contrato temporal debe tener capacidad para ofrecer un mínimo decente de estabilidad".

[7] Este añadido de la Ley 11/2013 es fruto de la Enmienda núm. 283 (Grupo Parlamentario Popular), que fue finalmente aprobada, y que consideraba conveniente, por motivos de seguridad

2.3. Jornada de trabajo

En cuanto a la jornada, la norma legal ofrece una alternativa: el contrato temporal de primer empleo joven se puede celebrar a jornada completa o a jornada parcial, siempre que sea superior al 75 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. De este modo, a la precariedad propia de la temporalidad del vínculo contractual se une la precariedad característica de una jornada a tiempo parcial.

2.4. Forma

El contrato de primer empleo joven se formalizará por escrito, y tal y como exige el artículo 12.6 de la Ley 11/2013, en el modelo que se establezca por el Servicio Público de Empleo Estatal. Dicho modelo es el PE-117 A, previsto conjuntamente para todos los contratos temporales estructurales y también para el contrato de primer empleo joven, y en todos los supuestos, tanto en la modalidad a tiempo completo (código 402) como a tiempo parcial (código 502). Como cláusula específica de este modelo oficial se aclara que el contrato también se podrá celebrar con jóvenes inscritos en el Registro Nacional de Garantía Juvenil, aunque en este caso solo con jornada completa, y siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 12 de la Ley 11/2013. En cualquier caso, incluso aunque no se hubiera previsto expresamente, la exigencia de forma escrita era la consecuencia lógica de su inclusión en el marco del artículo 15 del TRET, ya que la duración mínima establecida de 3 meses es superior a las 4 semanas a partir de las cuales se exige legalmente formalización escrita de los contratos temporales (artículo 8 del TRET). Sea como fuere, en el contrato deberá constar con precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifique y además, entre otros extremos, la duración y el trabajo a desarrollar por el trabajador.

2.5. Naturaleza jurídica: disociación entre causalidad y temporalidad

El aspecto más problemático que presenta este contrato de primer empleo joven es precisamente su configuración jurídica como una modalidad del contrato eventual por circunstancias de la producción, y por tanto, como un contrato temporal estructural.

---

jurídica, hacer constar expresamente que, en el supuesto de que el contrato se haya concertado por una duración inferior a la máxima prevista, se permitiera que, por acuerdo de las partes, pudiera prorrogarse por un única vez (BOCG, Congreso de los Diputados, de 29 de mayo de 2013, páginas 238 a 240).

2.5.1. Un contrato temporal sin causa temporal

Desde un punto de vista técnico-jurídico nos encontramos ante un contrato temporal acausal al que se le atribuye como régimen jurídico supletorio a lo específicamente establecido para él lo regulado para el contrato temporal eventual. Ya la misma *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016* consideraba el contrato de primer empleo joven como "una modalidad del actual contrato eventual cuya causa se encuentra en la ausencia de experiencia del trabajador objeto del contrato", por tanto, una *causa de carácter subjetivo*. El artículo 12.2.a del RD-L 4/2013, primero, y de la Ley 11/2013, después, identifica expresamente la causa del contrato de primer empleo joven en "la adquisición de una primera experiencia profesional" al mismo tiempo que le atribuye naturaleza de contrato eventual por circunstancias objetivas de la producción, configurándolo como una modalidad o subespecie éste.

No obstante, en comparación con los restantes contratos de duración determinada calificados como estructurales (obra o servicio determinado, eventual e interinidad) en los que la modalidad contractual se corresponde con una necesidad temporal de trabajo, el contrato de primer empleo joven carece de dicha causa temporal objetiva. Lo que justifica el contrato eventual son *circunstancias objetivas de la producción* que demandan una necesidad transitoria y provisional de mano de obra (como circunstancias de mercado, acumulación de tareas y excesos de pedido); en cambio, el contrato "eventual" de primer empleo joven surge de una causa subjetiva, no objetiva, atribuible al trabajador (su inexperiencia laboral) y no a las circunstancias de la producción. Se confunde así la causa del contrato (la adquisición de una primera experiencia profesional) con lo que en puridad es un requisito subjetivo (no tener experiencia laboral o que ésta sea inferior a tres meses). Ahora bien, conceptualmente, ¿es admisible una *causa subjetiva de temporalidad*? ¿Es adecuada la justificación de un contrato temporal eventual por el hecho de tratarse de un determinado trabajador, con independencia del puesto de trabajo que desempeñe? Entendemos que tal posibilidad lo desnaturalizaría el contrato eventual. Con el contrato de primer empleo joven nos encontramos ante una causa justificativa, sí, es cierto, pero *no es una causa objetiva de naturaleza temporal* que justifique este tipo contratación temporal. Por tanto, más bien se trataría de una simple utilización de un contrato temporal como medida de fomento de empleo o incluso de un peculiar contrato "formativo" de inserción profesional, en cualquier caso un contrato temporal diferente del contrato eventual y de los otros dos contratos temporales estructurales[8].

[8] Como se ha precisado (Vallecillo Gámez, M.R. y Molina Navarrete, C.: "La reforma de segunda generación del mercado laboral: incentivos al espíritu emprendedor y el retorno del pensamiento mágico", *Revista CEF Trabajo y Seguridad Social*, núm. 361, 2013, p. 57), más que crear un nuevo tipo contractual que complicara aún más el panorama de la contratación laboral "se

2.5.2. Comparación con otras modalidades de contratación temporal

El contrato de primer empleo joven es un *híbrido jurídico* (como *engendro jurídico* lo hemos calificado ya con anterioridad)[9] formado por elementos propios y característicos de las tres categorías clásicas de contratos temporales: 1) por su *calificación jurídica* se trata de un *contrato estructural o causal* (pues por disposición legal se considera una modalidad de contrato "eventual"), 2) por su *funcionalidad* constituye una medida de fomento del empleo joven, y por tanto, se trata de un *contrato coyuntural o acausal*, y 3) por su *causa* (adquirir una primera experiencia laboral) se aproxima a los *contratos formativos* (también calificados, en cuanto a su finalidad, como contratos de inserción profesional).

Por ello, entendemos que el contrato de primer empleo joven presenta una naturaleza jurídica compleja, con elementos propios de los contratos eventuales, de los contratos temporales de fomento de empleo y de los contratos formativos. A continuación analizamos los elementos que comparte el contrato de primer empleo joven con cada una de esas otras figuras contractuales.

a) Como contrato temporal estructural o causal

El artículo 12.2 de la Ley 11/2013 atribuye al contrato de primer empleo joven la naturaleza jurídica de contrato temporal estructural (y en concreto, de contrato eventual por circunstancias de la producción), remitiéndose a su régimen jurídico en todo lo no regulado específicamente para él. Aunque los contratos son lo que son conforme a sus elementos configuradores, conforme a su naturaleza, lo cierto es que la norma legal es clara y tajante en la ubicación conceptual del contrato temporal de primer empleo como contrato eventual. Esto es precisamente lo que provoca disfuncionalidades desde el plano teórico, pues al incluir el contrato de primer empleo joven entre los contratos eventuales *se rompe con el principio*

ha preferido, no con más racionalidad jurídico-económica, modificar las condiciones bajo las que se puede firmar el contrato eventual, el más desnaturalizado de la práctica". Para ello, el presupuesto objetivo del contrato eventual (las circunstancias del mercado económico de la empresa) se reinterpreta para incluir también a las "circunstancias de desequilibrio subjetivo del mercado".

[9] Esta modalidad contractual de carácter temporal fue ya objeto de un primer análisis en ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A: "El contrato de primer empleo joven como paradigma de engendro jurídico (Un contrato temporal causal sin causa temporal)", en VV.AA. (coord. J.L. Monereo Pérez): Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Colección Monografías de Temas Laborales núm. 50, Sevilla, 2014, páginas 709 a 722. También disponible en formato pdf a 05/10/2017 en:
https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=0aad79ad-6fb4-4cc2-8e66-00930c2a4e57&groupId=10128
Igualmente se puede consultar en el Repositorio Digital de la Universidad de Granada "Digibug" en: http://hdl.handle.net/10481/42927

de causalidad exigido a todo contrato temporal estructural[10], conforme al cual la temporalidad del vínculo contractual se corresponde con la temporalidad del trabajo. Esto último ha sido especialmente destacado por la jurisprudencia. En este sentido, la STS de 6 de marzo de 2009 (RJ 2009/1843) reconoce que en la contratación temporal lo decisivo es que concurra tal causa. Pero la temporalidad no se supone, al contrario, tanto el 8.2 como el 15.3 del TRET establecen una

[10] Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 11/2013 se evidenció por algunos grupos el rechazo que provocaba la ruptura de este principio de causalidad. La Enmienda núm. 32 (Izquierda Plural) abogaba por la supresión del contrato de primer empleo joven, por entender que "descausaliza la contratación eventual y crea una nueva modalidad contractual precaria. Esta modalidad con su actual redactado puede obtener un resultado contrario al que se pretende conseguir: la substitución de empleo estable por empleo a tiempo parcial precario, mal remunerado y subvencionado". En su lugar, proponía una nueva modalidad contractual: "la contratación para la formación profesionalizadora" (Enmienda núm. 30) y una modificación del artículo 15 del TRET que garantice "la contratación estable y de calidad" (Enmienda núm.31), con el que pretendía la modificación del artículo 15 del TRET (BOCG, Congreso de los Diputados, de 29 de mayo de 2013, páginas 29 a 36). En el mismo sentido, la Enmienda núm. 226 (Grupo Socialista), perseguía la sustitución del "Contrato de primer empleo joven" por otro denominado "Primera experiencia laboral", que no es más que la contratación mediante un contrato de prácticas de jóvenes menores de 30 años que no tengan experiencia profesional o esta sea menor de tres meses. El motivo por el que se rechaza el contrato de primer empleo joven es "por introducir en nuestro ordenamiento laboral una nueva modalidad de *contratación temporal motivada exclusivamente por la edad de la persona contratada*. Un contrato precario que, además, *rompe el principio de causalidad* que rigen las modalidades de contratación temporal" (BOCG, Congreso de los Diputados, de 29 de mayo de 2013, páginas 193 a 194). Incluso se ha llegado a proponer como alternativa al contrato temporal de primer empleo joven un peculiar contrato indefinido bonificado y con abaratamiento de las indemnizaciones que le correspondieran al trabajador. Es el caso de la Enmienda núm. 15 (Grupo Parlamentario Mixto) que manifiesta que "con el objetivo de incentivar la transición profesional de jóvenes al mercado de trabajo y que ello conlleve la adquisición de conocimientos y experiencia profesional que les haga más ocupables, las empresas podrán celebrar contratos indefinidos con jóvenes desempleados menores de 30 años" teniendo en cuenta que "la indemnización por despido declarado improcedente del artículo 56 del ET, así como aquellas previstas en los artículos 40, 41, 51 y 52 se calcularán del siguiente modo: 1) Durante el 1º y 2º año de contrato las indemnizaciones ese verán reducidas en un 50 por 100 de lo que le hubiera correspondido. 2) Durante el 3º y 4º año, en un 30 por 100. 3) Durante el 5º año de contrato, en un 20 por 100. 4) A partir del 6º año, las indemnizaciones se corresponderán con las de cualquier otro trabajo". Además las empresas tendrían derecho a una bonificación en las cuotas empresariales de la Seguridad Social durante 3 años, de 125€/mes (1.500€/año) si se trata de un trabajador y de 150€/mes (1.800€/año) si se trata de una trabajadora. Esta propuesta se justifica por entender que "no puede pretenderse resolver el desempleo con base de precariedad de nuestros jóvenes mediante contratos altamente precarios, que luego, a la postre, les condenan a deambular mediante situaciones de alta precariedad laboral por las empresas. Parece más razonable atajar el empleo juvenil mediante medidas agresivas de inserción, con contratos indefinidos mediante la ponderación de la indemnización prevista, pero que no den lugar a una finalización concreta que coarta finalmente la libertad de las partes para continuar la contratación. En este sentido se ponderan las indemnizaciones previstas en beneficio de permitir dicha inserción. Y además se pretende que la transición profesional sea tutelada por los servicios públicos de empleo. En todo caso, la indemnización transitoria se debería mantener de forma transitoria, hasta que se mejoren los índices de desempleo. Por otro lado se proponen mejoras en las bonificaciones previstas (BOCG, Congreso de los Diputados, de 29 de mayo de 2013, páginas 15 a 16).

presunción a favor de la contratación indefinida. La contratación temporal en España es causal, por lo que "si la temporalidad no trae su origen de alguna de las modalidades contractuales prevista s en el artículo 15 del TRET la relación es indefinida. Igualmente, la STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/3818) califica al contrato eventual por circunstancias de la producción por la concurrencia de una causa de temporalidad, no de cualquier causa.

Sin embargo, no es la primera vez que un contrato sin causa temporal se considera como contrato temporal estructural. Esto ya ocurrió con el contrato de inserción[11], vigente desde 2002 hasta 2006, y que guardaba notables similitudes con el actual contrato de primer empleo joven. Se trataba también de un contrato temporal que tenía por objeto la "adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del desempleado participante". No obstante, presentaba también características que lo diferenciaban: en el contrato de inserción, los desempleados participantes no tenían requisito de edad, no tenían que ser menores de 30 años; solo podía concertarse con una Administración Pública o una entidad sin ánimo de lucro; y consistía en la realización de una obra o servicio de interés general o social.

b) Como contrato temporal de fomento de empleo, coyuntural o acausal

La Ley 11/2013 pretende combatir el desempleo juvenil, un problema estructural que además se ha visto agravado por la crisis, y se fija como objetivos "mejorar la empleabilidad de los jóvenes, aumentar la calidad y la estabilidad del empleo, promover la igualdad de oportunidades en el acceso al mercado laboral y fomentar el espíritu emprendedor, para lo cual entre otras medidas, se propone incentivar la contratación entre los jóvenes. En este marco promocional se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el contrato de primer empleo joven. *Por su funcionalidad este nuevo contrato constituye una medida de fomento del empleo joven*. Se utiliza una modalidad contractual temporal, sin causa temporal que lo justifique, pero con la loable finalidad de incentivar la contratación juvenil.

De este modo nos encontramos con un contrato de primer empleo joven "bipolar": como ya hemos señalado, *formalmente* es una modalidad de contrato

[11] La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad introdujo el contrato de inserción como una modalidad más de los contratos temporales estructurales del artículo 15 del ET. Tanto la ampliación de los colectivos que podían beneficiarse de los contratos formativos como la concreción y formalización, a través de un nuevo contrato temporal de inserción, de los programas de contratación de trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social, constituían para el legislador "medidas dirigidas a instrumentar de una forma más adecuada las políticas activas de empleo". Dicho contrato fue derogado por el RD-L 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento del empleo, y la Ley 46/2006, de 29 de diciembre, que lo convalida, en palabras de la propia norma por no haber cumplido las expectativas para las que se había creado.

eventual, pero *funcionalmente* es un contrato temporal de fomento del empleo joven. La jurisprudencia ha caracterizado la contratación temporal de fomento de empleo como una posibilidad de quiebra del principio de causalidad temporal (la utilización de un contrato temporal sin causa temporal) justificada por sus fines de creación de empleo. Por ejemplo, la STSJ de Baleares de 18 de abril de 1991 (AS 1991/2821) sostenía que la distinción entre un contrato temporal de fomento de empleo y un contrato eventual radica en la "permisibilidad excepcional relativa a la normativa general aplicable", y que por tanto sólo se hallan limitados por el cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados por su propia normativa. Ello no constituye fraude de Ley sino "uso de un privilegio concedido en aras al fomento de empleo, aunque sea más o menos discutible la consecución del objetivo propuesto por el legislador, tema ajeno a esta jurisdicción". Por el contrario, y como ya dijimos, la temporalidad es el elemento clave del contrato eventual. La doctrina unificada que sienta el TS[12] es que la validez de cualquiera de las modalidades de contratación temporal causal, por el propio carácter de ésta, exige en términos inexcusables, que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas.

Lógicamente esa "excepcionalidad" de los contratos temporales de fomento de empleo está vinculada a la consecución de un objetivo, y por tanto no tiene carácter estructural, sino coyuntural. También es el caso del contrato temporal de primer empleo joven, pues, como ya hemos señalado (*vid*. *supra*, 2.1), la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 11/2013 establece que esta modalidad contractual se mantendrá en vigor solo hasta que la tasa de desempleo de nuestro país se sitúe por debajo del 15 por 100, tal y como se establezca reglamentariamente por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Este carácter, en principio[13] "provisional" o "transitorio" refuerza su consideración como un contrato temporal de fomento de empleo.

En cualquier caso, esta contratación temporal como medida de fomento de empleo ya era desde hace tiempo conocida. Ya se recurría a ella, vía reglamentaria, desde los primeros años ochenta, hasta que, con fundamento en la Ley 32/1984, de 2 de agosto, por la que se reformaban algunos artículos del ET, el RD 1989/1984, de 17 de octubre, reguló de un modo estable la contratación temporal como medida de fomento de empleo[14]. Con ello se legitimaban los contratos

[12] Entre otras, STS de 21 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6892), STS de 20 de febrero de 1997 (RJ 1997/1457), STS de 21 de febrero de 1997 (RJ 1997/1572), STS de 14 de marzo de 1997 (RJ 1997/4424), STS de 29 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7540), STS de 15 de febrero de 2000 (RJ 2000/2040), STS de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000/5138), STS de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10291) y STS de 18 de septiembre de 2001 (RJ 2001/1984).

[13] Decimos "en principio" porque cosa distinta es que una tasa de desempleo por encima del 15 por 100 se convierta en algo "estructural" de nuestro mercado de trabajo.

[14] Dicha norma deroga el anterior Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se

temporales sin causa o coyunturales, definidos como contratos de duración determinada "cuya celebración no se justifica tanto por la naturaleza temporal de las necesidades que con ellos se pretenden atender cuanto por la importancia que dicha modalidad de contratación puede tener en la generación de nuevos empleos". Así, dicho contrato, que podía realizar cualquier empresa para la realización de sus actividades, cualquiera que fuera la naturaleza de las mismas (y a diferencia de las modalidades de contratación temporal de fomento de empleo, sin límite máximo de contratos por una misma empresa) tenía una duración no inferior a 6 meses ni superior a 3 años. Igualmente contaba con una regla similar a la del contrato de primer empleo joven, según la cual no se podía llevar a cabo tales contratos temporales cuando "no hayan transcurrido al menos 12 meses" desde que hubiera amortizado puestos de trabajo mediante despidos declarados improcedentes, expedientes de regulación de empleo o por causa objetiva[15].

En la actualidad, de estas medidas contractuales de fomento de empleo solo perviven los contratos temporales de fomento del empleo para personas con discapacidad[16] (Disposición Adicional 1ª de la Ley 46/2006) y para personas en situación de exclusión social en empresas de inserción[17] (la misma Disposición

regulan diversas medidas de fomento del empleo, que contemplaba dicha práctica de contratación temporal como medida de fomento del empleo, dirigida indiscriminadamente a cualquier trabajador, y que tenía una duración de entre 3 meses y 3 años. A su vez, el propio RD 1989/1984 fue expresamente derogado por la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, una de las Leyes de Reforma del Mercado de Trabajo de 1994.

[15] Además, no se podía celebrar dicho contrato cuando los trabajadores hubieran estado vinculados a la empresa por otro contrato temporal de esta naturaleza durante los 12 meses inmediatamente anteriores (siempre que se hubiera agotado la duración máxima de 3 años) ni cuando se trate de cubrir el mismo puesto de trabajo que haya quedado vacante, dentro de los 12 meses inmediatamente anteriores por la terminación de otro contrato temporal que hubiera agotado el plazo máximo de duración. Se impedía así el encadenamiento, pues ni con el mismo ni con otro trabajador, pero para un mismo puesto de trabajo, se permitía la celebración de un nuevo contrato temporal de fomento del empleo.

[16] Las empresas pueden contratar temporalmente para la realización de sus actividades, cualquiera que fuera la naturaleza de las mismas, a trabajadores con discapacidad desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 o a pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez y a pensionistas de las clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

[17] Tiene por destinatarios personas desempleados inscritas en la oficina de empleo que se encuentren en situación de exclusión social: perceptores de rentas mínimas de inserción o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza; personas que no puedan acceder a dichas prestaciones por falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora, o por haber agotado el período máximo de percepción establecido; jóvenes mayores de 18 años y menores de 20 procedentes de instituciones de protección de menores; personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentren en procesos de rehabilitación o inserción social; internos de centros penitenciarios cuya situación les permita acceder a un empleo cuya relación laboral no tenga carácter de especial; personas procedentes de centros de

Adicional 1ª de la Ley 46/2006, con las particularidades que regula el artículo 15 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, reguladora de las empresas de inserción). La única diferencia significativa de estos contratos temporales con el nuevo contrato de primer empleo joven es su ámbito subjetivo de aplicación, *personas con discapacidad* o *personas en riesgo de exclusión social* en lugar de *menores de 30 años*. También son distintos los márgenes temporales entre los que se puede determinar la duración del contrato, que no podrá ser inferior a 12 meses ni superior a 3 años. Por lo demás, su régimen jurídico presenta claras analogías: también su transformación en contrato indefinido da derecho a la obtención de subvenciones; no podrán contratar bajo esta modalidad las empresas que en los 12 meses anteriores a la contratación hayan extinguido contratos indefinidos por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo; la jornada también podrá ser tanto a tiempo completo como a tiempo parcial (aunque aquí sin determinar ningún porcentaje de jornada mínimo); etcétera.

c) Como contrato formativo

La finalidad del contrato de primer empleo joven es facilitar la inserción laboral de jóvenes sin experiencia profesional, y en concreto "la adquisición de una primera experiencia profesional". Esta finalidad configura la causa del contrato. Nuestro ordenamiento contempla otras modalidades contractuales que prevén las circunstancias subjetivas del trabajador (su juventud, su incompleta formación, su inexperiencia laboral) como causa: los contratos formativos. Por ello, tales contratos formativos se han calificado también como contratos temporales específicos del empleo juvenil[18], dirigidos a permitir una más fácil incorporación al mercado de trabajo de este colectivo.

Desde este punto de vista causal el contrato de primer empleo joven estaría más cercano a los contratos formativos o de inserción profesional (el contrato en prácticas y el contrato para la formación), configurándose como un *tertium genus* de estos contratos del artículo 11 del TRET. Así, tendríamos aquellos contratos que tiene por objeto adquirir la experiencia práctica que complementa una formación teórica previa (contrato en prácticas), la teoría y la práctica necesaria para el desempeño de un determinado oficio o puesto de trabajo (contrato para la formación) o, simplemente para obtener una primera experiencia profesional mínima (contrato de primer empleo joven). De este modo, su proximidad a los contratos formativos reside, no tanto en el objetivo estrictamente formativo (del que nada se dice) sino por su objetivo de *inserción profesional*, que actúa en dos momen-

alojamiento alternativo; y personas procedentes de servicios de prevención e inserción social. Su régimen jurídico es idéntico al de personas discapacitados.

[18] Vid. Mercader Uguina, J. R.: *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, página 20.

tos: 1) inicial, al facilitar la contratación de aquellos que carecen de experiencia profesional; y 2) final, cuando concluido dicho contrato de primer empleo, se ha conseguido mejorar la empleabilidad del joven trabajador al poder acreditar unos meses de experiencia profesional.

En todo caso, la diferencia entre los contratos formativos *stricto sensu* y este contrato de primer empleo joven se encuentra en esa misma causa subjetiva que comparten y que justifica su temporalidad, pues la equivalencia entre *trabajadores "sin formación"* y *trabajadores "sin experiencia laboral"* no es absoluta, aunque se trate de causas justificativas muy próximas entre sí. La separación entre "formación" y "experiencia" a veces no se muestra con la suficiente nitidez, como en particular se evidencia en el contrato en prácticas, respecto del cual ¿sería correcto afirmar que se justifica por una ausencia de formación (cosa que no es del todo cierta, pues se requiere acreditación de formación teórica previa) o, más bien, se trataría de una insuficiente experiencia profesional (de práctica)?

2.5.3. Conclusiones

Por tanto el contrato de primer empleo joven cuenta con un régimen jurídico propio (artículo 12 de la Ley 11/2013), aunque vinculado al del contrato eventual por circunstancias de la producción (artículo 15.2.b del TRET, que por cierto no hace mención alguna a la nueva modalidad contractual), con una causa contractual no temporal que lo aproxima a los contratos formativos o de inserción laboral y con una funcionalidad propia de los contratos temporales de fomento de empleo. Como decíamos, un engendro jurídico.

Sin embargo, ante esta confusa situación entendemos que prevalece, sobre todas las demás consideraciones que pudiéramos hacer y como elemento definitorio de su verdadera naturaleza jurídica, su *acausalidad temporal*. No podría ser de otro modo. La verdadera naturaleza jurídica del contrato de primer empleo joven no viene definida por su *nomen iuris* ni por su régimen jurídico supletorio, sino por lo que realmente es. Así, el contrato de primer empleo joven es primariamente *un contrato temporal de fomento de empleo de carácter selectivo, dirigido a facilitar la inserción profesionales de jóvenes desempleados sin experiencia profesional*.

En este mismo sentido se pronuncia el *Criterio Técnico en Materia de Contratación Temporal de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social* (CT 95/2015) cuando aclara que la causa de este contrato "es la adquisición de una primera experiencia profesional, por lo que no se exigen las causas del contrato eventual ordinario. Así pues, estamos ante un contrato temporal en el que no es exigible la concurrencia de la causa ordinaria en esta modalidad. Basta con que

desde un punto de vista subjetivo el trabajador reúna los requisitos, para determinar la validez, pues su finalidad va encaminada a fomentar el empleo de jóvenes, más que a valorar la causalidad típica de los contratos eventuales" (página 43). Por ello, la Inspección de Trabajo incluye expresamente este contrato de primer empleo joven entre los contratos de fomento de empleo.

3. INCENTIVOS A LA TRANSFORMACIÓN EN CONTRATOS INDEFINIDOS

En cualquier caso, y dejando al lado el debate teórico, es evidente que este contrato contribuye a una mayor precariedad en el empleo. El mismo legislador debe ser igualmente consciente de ello, pues para "compensarlo" se facilita una contratación posterior "más estable" en la misma empresa al incentivar la transformación del contrato temporal de primer empleo joven en indefinido con una bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social de 500€ al año durante un máximo de 3 años (700€ al año si se tratara de una trabajadora)[19]. Para ello se requiere (1) una mínima calidad contractual, esto es, que el nuevo contrato indefinido sea a jornada completa o a jornada parcial de al menos 50 por 100 de la jornada correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable y (2) una garantía de mantenimiento del nivel de empleo alcanzado con dicha transformación durante 12 meses[20].

4. PARTICULARIDADES PARA LAS EMPRESAS USUARIAS Y ETTS

En relación con el RD-L 4/2013, la Ley 11/2013 amplia los contornos del contrato de primer empleo joven, al autorizar expresamente la utilización de esta modalidad contractual de primer empleo joven para celebrar un contrato de puesta a disposición entre una ETT y una empresa usuaria, En concreto, la Disposición Adicional 5ª de la Ley 11/2013 (Contrato de puesta a disposición), que no estaba inicialmente prevista[21] en el Real Decreto-Ley 4/2013, dispone que,

[19] Con el objeto de incentivar en mayor medida dicha conversión se planteó durante la tramitación parlamentaria de la norma una Enmienda núm. 148 (Grupo Parlamentario Catalán) que no prosperó y que pretendía que las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social fueran del 90 por 100 el primer año, del 75 por 100 el segundo año y del 50 por 100 el tercer año, igualando tales bonificaciones tanto para trabajadores como para trabajadoras (BOCG, Congreso de los Diputados, de 29 de mayo de 2013, páginas 128 a 129).

[20] Párrafos 4 y 5 del artículo 12 de la Ley 11/2013. La generosidad de tales requisitos es interpretada (Vallecillo Gámez, M.R. y Molina Navarrete, C.: "La reforma de segunda generación del mercado laboral…", *op. cit.*, p. 58) como muestra de la escasa confianza del propio legislador en que "este tránsito optimizador se vaya a dar" y en que la conversión en indefinido "vaya a ser muy duradera".

[21] Fue fruto de la Enmienda núm. 294 (Grupo Parlamentario Popular), que entendía que dicha adición era imprescindible para adecuar la Ley de Empresas de Trabajo Temporal a esta nueva

sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 14/1994, de 1 de junio, que regula las empresas de trabajo temporal, "podrán también celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo de primer empleo joven conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de esta Ley". Por tanto, la celebración de un contrato de puesta a disposición entre empresa usuaria y ETT es posible también, además de en los supuestos en los que la empresa usuaria pudiera contratar directamente trabajadores bajo las restantes modalidades de contratos temporales estructurales (art. 15 del TRET), cuando cumpliera los requisitos necesarios para contratar a un trabajador mediante el contrato de primer empleo joven.

Por consiguiente, el régimen jurídico del contrato de primer empleo joven debía precisar y definir expresamente las particularidades previstas para los casos en los que la contratación tenía lugar mediante una ETT. En este caso el requisito exigido a toda empresa contratante de no haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores se refiere a la empresa usuaria. De este modo el legislador justifica la solución a un problema: "dado que en el supuesto de trabajadores contratados por ETTs que son puestos a disposición de una empresa usuaria existe una relación triangular en la que están presentes dos empresas diferentes, se trata de aclarar cuál es la empresa que se debe considerar a efectos de entender cumplida o no la limitación establecida en el apartado. Teniendo en cuenta que la referida limitación tiene como finalidad primordial evitar el efecto de rotación en las plantillas, dicho objetivo solo puede conseguirse si el dato que se toma en consideración es el referido a la empresa usuaria"[22].

Por otro lado, como complemento, también se reconoce a la empresa usuaria el "derecho" a beneficiarse de las bonificaciones correspondientes a la conversión del contrato de primer empleo joven efectuado a través de una ETT en un contrato indefinido[23], y también refiere a la empresa usuaria el cumplimento de los requisitos necesarios para ello.

En resumen, las ETTs podrán celebrar contratos de puesta a disposición con empresas usuarias para contratos de primer empleo joven, siendo las limitaciones

posibilidad de contratación mediante el contrato de primer empleo joven (BOCG, Congreso de los Diputados, de 29 de mayo de 2013, página 246).

[22] Enmienda núm. 283 (Grupo Parlamentario Popular) al proyecto de ley que dio lugar a la Ley 11/2013 (BOCG, Congreso de los Diputados, de 29 de mayo de 2013, páginas 238 a 240).

[23] Como manifiesta la citada Enmienda núm. 283 (Grupo Parlamentario Popular), la norma tiene la finalidad de incentivar la contratación indefinida y, por ello, se trataría de *extender el referido incentivo a las empresas usuarias* que decidan la contratación por tiempo indefinido del trabajador puesto a disposición (BOCG, Congreso de los Diputados, de 29 de mayo de 2013, páginas 238 a 240).

establecidas para la suscripción de estos contratos referidas a la empresa usuaria. Igualmente, la beneficiaria de las bonificaciones por transformación del contrato del trabajador cedido en indefinido será la empresa usuaria, pero exigiéndosele el mantenimiento del nivel de empleo alcanzado con dicha transformación en indefinido durante al menos 12 meses.

5. INCIDENCIA REAL DEL CONTRATO DE PRIMER EMPLEO JOVEN EN EL MERCADO DE TRABAJO

En cuanto a su eficacia como medida de fomento del empleo juvenil, y por tanto, con independencia de las críticas vertidas a su "singular" conformación jurídica, en una primera aproximación a este contrato de primer empleo joven éramos más bien pesimistas. Dejando a un lado el hecho de que, de por sí, la medida contribuye a la precarización del empleo, lo que se agrava por el hecho de que no se hayan establecido límites al encadenamiento de contratos de primer empleo joven con sucesivos trabajadores, dudábamos que los resultados cuantitativos fueran satisfactorios, pues más que creación de empleo juvenil neto podríamos asistir a una previsible transferencia de contrataciones desde otras modalidades contractuales temporales (tanto contratos estructurales como formativos), cuando no de contratos indefinidos, hacia el contrato de primer empleo joven.

Pero qué incidencia real tiene esta modalidad contractual en el mercado de trabajo. Pues bien, por los datos de los que actualmente disponemos, la utilización del contrato de primer empleo joven es bastante escasa. No es una modalidad contractual a la que se suela recurrir. Tampoco la negociación colectiva le ha prestado excesiva atención. Al contrario, la regulación del contrato de primer empleo joven por la negociación colectiva es bastante pobre. Son muy pocos los convenios colectivos que contienen aunque sea una simple referencia a esta modalidad contractual[24]. Las guías sindicales dirigidas a los sujetos negociadores tampoco le dedican una atención prioritaria, ni siquiera cuando se pretende regular cláusulas convencionales específicamente previstas para los jóvenes[25]. Del

[24] Por citar alguna de esas excepcionales referencias que la negociación colectiva hace del contrato de primer empleo joven, el artículo 9.3.A. del Convenio colectivo de Eropcar IB (BOE de 21 de abril de 2016) tan solo recuerda que el "contrato eventual podrá utilizarse para cubrir la modalidad del primer empleo joven en los términos del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo de crecimiento y de creación de empleo". Igualmente, el artículo del Convenio colectivo del Grupo Champion (BOE de 6 de septiembre de 2016), cuando regula el contrato eventual, disponiendo que su duración máxima será de 12 meses, dentro de un período de 18 meses, y que si se concertara por un tiempo inferior podrías ser prorrogado mediante acuerdo de las partes, establece que "lo anterior será de aplicación, asimismo, a los contratos para el primer empleo joven, en cuanto los mismos estén en vigor, y siempre que no se oponga a su normativa de aplicación".

[25] Por ejemplo, la Guía Práctica: Cláusulas Negociación Colectiva, Perspectiva Joven, CCOO

mismo modo, no hemos encontramos pronunciamientos jurisprudenciales específicos sobre el contrato de primer empleo joven que merecieran reseñarse. A nivel estadístico tampoco encontramos datos que muestren claramente el número de contrataciones laborales que se realizan a través del contrato de primer empleo joven[26]. Y es que la contratación a través de la modalidad de primer empleo joven no cuenta, al menos en las estadísticas que periódicamente ofrece el Servicio Público de Empleo Estatal, con un análisis específico, sino que se incluye en "otros contratos". En suma, nos encontramos ante una modalidad contractual que pasa desapercibida en nuestro ordenamiento jurídico laboral y que por ausencia de datos específicos sobre su eficacia y utilización resulta invisible en las estadísticas sobre contratación. Pero tal vez lo más relevante para sostener su ineficacia y escasa aplicación real es que desde que en 2013 se introdujo el contrato de primer empleo joven no se han apreciado variaciones significativas en la tasa de desempleo juvenil con las que poder refrendar su eficacia como medida contractual de fomento del empleo juvenil.

de Castilla y León, mayo 2016, página 12, se limita a recordar el régimen jurídico aplicable (el contenido del artículo 12 de la Ley 11/2013) y proponer como cláusula negocial tipo la siguiente: "los contratos de primer empleo que se hagan a tiempo parcial será de un 85 por 100 de la jornada a tiempo completo" (mejorando de este modo el mínimo legal del 75 por 100).

[26] A lo sumo aparecen datos mensuales sobre la transformación en contratos indefinidos de contratos de primer empleo joven, como sucede con la última Estadística de Contratos disponible (la correspondiente a agosto de 2017) que publica periódicamente la Subdirección General de Estadística e Información (Servicio Público de Empleo Estatal). Tales transformaciones de los contratos de primer empleo joven en indefinidos, en cuanto a su número, son igualmente irrelevantes.

La contratación temporal a través de las Empresas de Trabajo Temporal

Mª Nieves Moreno Vida

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. LA CONSOLIDACIÓN DE LAS ETT COMO MECANISMO DE FLEXIBILIDAD LABORAL.
2. AMPLIACIÓN DE LOS SECTORES DE ACTIVIDAD DONDE PUEDEN ACTUAR LAS ETT (ELIMINACIÓN O FLEXIBILIZACIÓN DE LAS PROHIBICIONES Y RESTRICCIONES AL USO DE LAS ETT).
3. LA EXPANSIÓN DE LAS ETT A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA DEROGACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA DE LA LEY DE CONTRATOS EN EL SECTOR PÚBLICO DE 2007 Y LAS POSIBILIDADES DE RECURSO A LAS ETT.
4. LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES PUESTOS A DISPOSICIÓN POR ETT.

1. LA CONSOLIDACIÓN DE LAS ETT COMO MECANISMO DE FLEXIBILIDAD LABORAL.

Las sucesivas reformas introducidas en la regulación de las Empresas de Trabajo Temporal en los últimos años se han articulado sobre dos ejes fundamentales: la consolidación del modelo, por un lado, y su expansión, por otro. Estos objetivos son especialmente evidentes en la regulación que llevó a cabo la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Reforma del Mercado de Trabajo, pero también han incidido en ellos los sucesivos cambios introducidos por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo; el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores; la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (procedente del RDL 8/2014, de 4 de julio); y el nuevo Reglamento de las Empresas de Trabajo Temporal, aprobado por RD 417/2015, de 29 de mayo.

Lo que se pone de relieve en todas estas reformas llevadas a cabo de forma continuada desde la legalización (por la Ley 14/1994) de la contratación temporal realizada a través de Empresas de Trabajo Temporal es que han estado siempre dirigidas a ampliar su papel de gestión del ciclo integral de empleo (colocación, formación, consultoría y asesoramiento de recursos humanos) y su campo de actuación en sectores que hasta ahora tenían vedados (ampliación de su campo de actuación a través de la eliminación o flexibilización de las limitaciones y restricciones existentes aún respecto al uso de las ETT en dos ámbitos específicos: respecto a actividades y trabajos especialmente peligrosos y respecto a las Administraciones Públicas). Por otro lado, y como presupuesto de lo anterior, las reformas han buscado corregir algunos de los abusos –intolerables- que su práctica había generado, mejorando el estatus legal del trabajador en misión, y regular la competencia en este sector[1], excluyendo a aquellas ETT que realicen prácticas desleales mediante la reducción del precio de la mano de obra.

[1] Entre las diversas reformas realizadas destaca la que se llevó a cabo a través de la Ley 29/1999, de 16 de julio, que afectó especialmente a los requisitos exigidos a las ETT para poder obtener la autorización administrativa necesaria legalmente para desarrollar esta actividad de cesión de trabajadores, a los supuestos de celebración de los contratos de puesta a disposición y a la retribución de los trabajadores cedidos. Se trató de una reforma dirigida fundamentalmente a regularizar y racionalizar el mercado de las ETT, con un efecto expulsivo de las ETT de reducidas dimensiones y con menor capacidad económica, y a garantizar la equiparación salarial a los trabajadores cedidos como medio para obtener en este sector seguridad jurídica, estabilidad y legitimación social. Vid. Molina Navarrete, C.: "La empresa, el mercado de empleo temporal y el Derecho: el nuevo sistema de gestión propuesto por la reforma", en TSS, núm.199 (1999); Id.: *Nuevas reglas de competencia en el mercado de las Empresas de Trabajo Temporal*, Jaén, Universidad de Jaén, 2000.

Muchas de las reformas llevadas a cabo han sido justificadas por el legislador por la incorporación completa a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Pero dichas reformas suponen, además, asumir que las ETT constituyen un instrumento de dinamicidad del mercado de trabajo, que aflora empleo y que permite un mejor encuentro entre oferta y demanda de trabajo[2] . En este sentido la Directiva 2008 sobre ETT señala, en su Considerando 11 que la cesión de trabajadores por ETT "responde no solo a las necesidades de flexibilidad de las empresas, sino también a las necesidades de conciliar la vida privada y profesional de los trabajadores. Así pues, contribuye a la creación de puestos de trabajo y a la participación e inserción en el mercado de trabajo", enmarcando la nueva regulación de las ETT en la estrategia de "flexiseguridad" de la Unión Europea (Directrices integradas para el crecimiento y el empleo 2005-2008 y "principios comunes sobre flexiguridad" aprobados por el Consejo Europeo de diciembre de 2007)[3] .

A este tipo de empresas, en cualquier caso, se les reserva una cuota cada vez mayor del mercado de empleo temporal. La cesión temporal de trabajadores adquiere un papel cada vez más central en el mercado de trabajo de la Unión Europea y de los Estados miembros, como uno de los instrumentos a través de los cuales se imponen en las relaciones de trabajo fórmulas más flexibles de organización, con el objetivo de conciliar mejor la flexibilidad para las empresas y la seguridad de los trabajadores en el mercado de trabajo ("flexiseguridad"). En este contexto está teniendo un gran auge la cesión temporal de trabajadores, produciéndose un rápido incremento en el espacio de la Unión Europea del sector de la cesión temporal de trabajadores. Por una parte, responde a una exigencia de flexibilidad en la gestión de la mano de obra, debido principalmente a las fluctuaciones del mercado y las exigencias económicas de "reducción de costes de transacción", por lo que se convierte en elemento determinante para reforzar la capacidad de adaptación del mercado de trabajo, de las empresas y de los propios trabajadores. En este sentido la cesión temporal de trabajadores puede servir para compensar una insuficiencia de personal fijo o un aumento temporal de la

[2] Calvo Gallego, F.J. y Rodríguez-Piñero Royo, M.: "Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal", en Temas Laborales, nº 107/2020. Monográfico sobre la Reforma Laboral de 2010, pág. 330.

Vid. la Exposición de Motivos, por citar un ejemplo, de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (procedente del RDL 18/2014, de 15 de octubre), que señala "Por otra parte, dado que las empresas de trabajo temporal se han revelado como un potente agente dinamizador del mercado de trabajo, se amplían las actividades que van a poder desarrollar, añadiendo las actividades de formación para la cualificación profesional y de consultoría y asesoramiento de recursos humanos".

[3] Moreno Vida, Mª N.: "El debate sobre la flexiseguridad en Europa", en AAVV: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*. XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTIN, Madrid, 2010, pags. 309-419.

carga de trabajo, lo que es especialmente importante para las pequeñas y medianas empresas (Pymes). Sin embargo, esta ventaja vinculada a la utilización de la cesión temporal puede verse disminuida si su aceptabilidad social y su calidad resultan deficientes. De forma que se considera necesario establecer garantías para implantar un trabajo temporal de calidad, objetivo destacado de la Directiva 2008/104/CE.

Por otro lado, la cesión temporal responde también a la escasez de determinadas cualificaciones que sufren las empresas, en particular en las profesiones relacionadas con las tecnologías de la información. Esa relevancia creciente en el mercado de trabajo ha determinado un proceso de regulación de estas formas flexibles de utilización indirecta de la mano de obra, considerando que respecto de esta actividad la regulación es muy restrictiva y el marco normativo sumamente rígido. A ello responden los constantes cambios de las legislaciones de los países miembros y la Directiva 2008/104/CE. Las líneas de reforma que se han venido proponiendo en España –especialmente desde las patronales del sector de las ETT-se refieren a la revisión de las exclusiones de sectores y actividades justificadas por su especial peligrosidad; la eliminación de restricciones a su actividad en el sector público y de las restricciones impuestas por los convenios colectivos; y la ampliación de su ámbito a actividades vinculadas con la colocación y el empleo (enfatizando su papel como operadores en el mercado de trabajo)[4] . En esta línea de reformas se situaron el Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social de 2005, el "Documento para la mesa de diálogo social sobre mercado de trabajo" presentado por el Gobierno el 18 de octubre de 2005, el Grupo de Trabajo sobre Empresas de Trabajo Temporal creado por la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo el 25 de julio de 2007, así como los documentos presentados en 2009 y 2010 por las patronales del sector de las Empresas de Trabajo Temporal (AGETT y AETT). Las reformas de estos últimos años dieron satisfacción, en gran medida, a estas demandas.

Las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) constituyen, sin duda, una de las vías más recurrentes para llevar a cabo la exteriorización del trabajo, como proceso que caracteriza en la actualidad a las nuevas formas de organización empresarial. Junto con la subcontratación empresarial, los grupos de empresas, el teletrabajo, la utilización del trabajo autónomo, etc., el recurso a las ETT se inserta también en el marco genérico de la externalización o descentralización productiva en sentido amplio, constituyendo todos estos procesos manifestaciones del mismo fenómeno. Las ETT se consideran un cauce que permite mejorar la operatividad del mercado de trabajo y facilitar el empleo de determinados grupos de trabajadores, canalizando un volumen muy importante de empleo cuya

[4] Calvo Gallego, F.J. y Rodríguez-Piñero Royo "La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal", en Relaciones Laborales, nº 21-22. Especial monográfico "Reforma laboral 2010", pág. 162.

especialización e inmediatez en la respuesta, sobre todo en el sector servicios, no puede ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales (Exp. Motivos de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT).

Sin embargo, la utilización de las ETT, junto con las demás políticas flexibilizadoras adoptadas, tiende a incrementar el "empleo secundario", es decir, de carácter temporal eminentemente precario y poco protegido, que abunda en la segmentación laboral (generando una sociedad laboral fragmentada y dual). Es también un segmento del mercado de trabajo donde se localiza –junto al fenómeno de la subcontratación al que suele estar íntimamente vinculado- un elevado índice de siniestralidad laboral, como consecuencia de la temporalidad del empleo. En este marco, pues, las ETT representan una de las máximas expresiones de flexibilización de las formas de empleo y de la propia estructura organizativa de la empresa ("empresa flexible"), dentro del modelo de descentralización productiva.

De esta forma, la cesión o préstamo de trabajadores que se realiza mediante las ETT se inserta plenamente en el proceso de exteriorización de la organización productiva, formalizando la disociación entre quien contrata y remunera (ETT) la prestación y quien la utiliza efectivamente (Empresa Usuaria). Y en este modelo de empresa "flexible" las ETT han servido fundamentalmente para llevar a cabo un sistema de gestión competitiva basado sobre todo en la reducción de costes; siendo un mecanismo básico en la estrategia empresarial de conseguir el abaratamiento de los costes de personal mediante la "precarización" de las condiciones de trabajo. Se sitúan así en condiciones de llevar hasta el extremo los principales aspectos en que se manifiesta la flexibilidad: coste del trabajo, precariedad del empleo, flexibilidad del tiempo de trabajo, organización, formación y cualificación profesional[5]. En efecto, a partir de su legalización, se produjo una enorme expansión de este tipo de contratación como consecuencia de las ventajas para las empresas usuarias derivadas del coste salarial muy inferior, la descentralización en la gestión de este personal, o su falta de cómputo para el ejercicio de los derechos colectivos de representación en la empresa. Se insertan, pues, claramente, en la opción flexibilizadora adoptada en nuestro país donde las indicaciones de la OCDE han sido "traducidas" preferentemente por la adopción de medidas de flexibilidad cuantitativa, es decir, residenciadas en la reducción de los costes laborales y en el ajuste de las plantillas, flexibilizando la utilización del factor trabajo[6] .

El trabajo a través de una ETT es una de las formas de empleo atípico y precario. En esta forma de empleo temporal el elemento más característico es la

[5] Vid. Molina Navarrete, C.: *Nuevas reglas de competencia en el mercado de las Empresas de Trabajo Temporal*, Jaén, Universidad de Jaén, 2000.

[6] Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

mutación de la estructura de la relación de trabajo "normal", rompiendo con el esquema bilateral de la relación típica que se complejiza mediante la articulación de una relación de tipo triangular, produciéndose una disociación entre el empresario real o material (la empresa usuaria), que sin ser empresario directo del trabajador recibe y organiza la prestación de servicios. En realidad, la ETT asume funciones de gestión de personal de las empresas usuarias, viniendo a realizar una función de provisión o prestamismo de mano de obra bajo un régimen especial. De esta forma, se configura como una nueva forma de "gestión indirecta" (y por tanto flexible) de las relaciones de trabajo.

Efectivamente, a partir de su legalización en España, se produjo una enorme expansión de su actividad de gestión indirecta y flexible de mano de obra, absorbiendo una parte muy importante de la contratación temporal de nuestro país, especialmente en cuanto a los contratos eventuales por circunstancias de la producción, y también, aunque en menor medida, en los contratos de obra o servicio determinado y en los contratos a tiempo parcial. Expansión que continúa su avance con las nuevas posibilidades de celebración de contratos de puesta a disposición en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo de primer empleo joven (conforme al art. 12 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (Disp. Adic. 5ª), así como de contratos de puesta a disposición en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo en prácticas o un contrato para la formación y el aprendizaje (RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores).

Pese a la regulación legal, las ETT han venido cumpliendo una función claramente fronteriza con la subcontratación empresarial, desempeñando actividades de servicios adicionales o complementarias para las empresas usuarias. De esta forma, se han venido multiplicando las zonas grises en la delimitación entre determinados supuestos de cesión y los de servicios susceptibles de subcontratación, produciendo un creciente espacio de competencia entre ETT y empresas de servicios. Por ello, uno de los efectos -probablemente buscado- de la nueva regulación de las ETT tras las últimas reformas, al ampliar su ámbito de actuación y eliminar algunas de las prohibiciones y limitaciones hasta ahora existentes, será reequilibrar y mejorar su posición competitiva respecto de las empresas de servicio ("empresas multiservicio"), que mediante la formalización de falsas contratas, y con una configuración más favorable que las ETT, se dedican en muchas ocasiones al prestamismo prohibido de mano de obra[7] . Es claro que actualmente

[7] Calderón Pastor, F.J.: "Las Empresas de Trabajo Temporal tras la Ley 35/2010 de Reforma del Mercado de Trabajo", en Revista de Información Laboral (Jurisprudencia), nº 8/2010, págs. 2-20.

las "empresas multiservicio" se han convertido en una "alternativa" a las ETT, especialmente a partir de la introducción, como consecuencia de la Directiva 2008/104/CE, del principio de igualdad en las condiciones de trabajo entre los trabajadores cedidos por las ETT y los trabajadores de las empresas usuarias.

La actividad típica de las ETT es la de prestamismo laboral, un supuesto singular de interposición lícita de mano de obra. Pero, por otro lado, ya pueden legalmente cumplir una actividad de mediación en el mercado. Si bien hasta la reforma de 2012 la ley exigía dedicación exclusiva a su actividad constitutiva de contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a empresas usuarias, no cabe duda de que las ETT estaban ya con anterioridad siendo utilizadas como alternativa a los servicios de colocación y como Agencias de Selección de Personal, cumpliendo una función de inserción en el mercado de trabajo de determinados colectivos de trabajadores, particularmente de jóvenes. Acababan por asumir una función de intermediación laboral (informal, pero, en principio, no irregular), siendo frecuente la utilización de las ETT para contratar trabajadores jóvenes que posteriormente se integran en la empresa usuaria, que elude de esta forma el período de prueba y los riesgos de selección y experimentación de los contratos exteriorizando esta actividad en la ETT[8] .

Con la reforma que llevó a cabo la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, las ETT pueden, además, actuar como agencias de colocación cuando cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre)[9] . Y posteriormente, la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, amplió las funciones que pueden desarrollar las ETT a las actividades de formación para la cualificación profesional y a las actividades de consultoría y asesoramiento de recursos humanos[10] . De esta forma,

[8] Rodríguez-Piñero Royo, M.*: Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Madrid, MTSS, 1992; Molina Navarrete, C.: *Nuevas reglas de competencia en el mercado de las Empresas de Trabajo Temporal*, Jaén, Universidad de Jaén, 2000.

[9] Según la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, está medida se inserta en el objetivo de "favorecer la empleabilidad de los trabajadores": "Los Servicios Públicos de Empleo se han mostrado insuficientes en la gestión de la colocación, con unas tasas de penetración muy escasas dentro del total de colocaciones. Por el contrario, las Empresas de Trabajo Temporal se han revelado como un potente agente dinamizador del mercado de trabajo. En la mayoría de los países de la Unión Europea, tales empresas operan como agencias de colocación y desde las instituciones comunitarias se viene subrayando que las mismas contribuyen a la creación de puestos de trabajo y a la participación e inserción de trabajadores en el mercado de trabajo. Por ello, se reforma el marco regulador de las empresas de trabajo temporal al autorizarlas a operar como agencias de colocación".

[10] La Exposición de Motivos de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia considera, justificando esta medida, que "dado las empresas de trabajo temporal se han revelado como un potente agente dinamizador del mercado de trabajo, se amplían las actividades que van a poder desarrollar, añadiendo las actividades de formación para la cualificación profesional y de consultoría y asesoramiento de recursos humanos".

si se conjuga el efecto combinado de las ETT (con las múltiples funciones que van a cumplir) y de las agencias privadas de colocación (con o sin ánimo de lucro, tras la reforma que llevó a cabo la Ley 35/2010, de 17 de septiembre) (junto con las difusas Agencias de Selección de Personal), resulta una mayor mercantilización de la fuerza de trabajo en el mercado. El trabajador en el contrato de puesta a disposición es más objeto que sujeto de Derecho, contemplado desde el punto de vista del contrato de puesta a disposición. Se realza el carácter de pura mercancía del trabajador, que queda degradado (ya no sólo económicamente como consecuencia del sistema socioeconómico vigente, sino ahora también jurídicamente) a una cosa productiva "sui generis" objeto del tráfico jurídico (prestamismo laboral)[11].

Los trabajadores temporales empleados a través de ETT no consolidan la estabilidad en el empleo, ya que cada misión en la empresa usuaria da lugar a un contrato de trabajo independiente con la ETT, con lo que existe una sucesión de contratos diferentes y no un solo contrato de trabajo de duración indefinida suspendido en los intervalos entre misión y misión al servicio de las empresas usuarias. De esta forma, el trabajador nunca pierde su condición precaria (no acumula antigüedad, no tiene posibilidad de promoción profesional). Aunque en ocasiones por ministerio de las presunciones legales en nuestro ordenamiento el contrato temporal fraudulento o la continuidad en la empresa usuaria conlleve el carácter indefinido del contrato, ello no supone la estabilidad real en el empleo, traduciéndose la mayoría de las veces en la práctica en una ruptura del vínculo contractual con una mayor indemnización por despido improcedente. Por otra parte, se produce un efecto de desestructuración de la idea o categoría técnica de personal como conjunto integrado de trabajadores pertenecientes o insertos en una organización productiva. En consecuencia, se relega a un segundo plano la trayectoria y carrera profesional del trabajador en la organización productiva, acentuándose la intercambiabilidad del trabajo dependiente en el marco de la gestión flexible del empleo. Las elevadas tasas de rotación y temporalidad también se han dejado sentir en la eficacia de las organizaciones productivas, planteándose la necesidad de una mano de obra estable y bien conocedora del funcionamiento de la empresa. Las posibilidades de perfeccionamiento profesional (el aprendizaje continuo) se ve muy relegado bajo estas formas de trabajo precario.

[11] Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996.

2. AMPLIACIÓN DE LOS SECTORES DE ACTIVIDAD DONDE PUEDEN ACTUAR LAS ETT (ELIMINACIÓN O FLEXIBILIZACIÓN DE LAS PROHIBICIONES Y RESTRICCIONES AL USO DE LAS ETT)

Uno de los ejes fundamentales sobre los que se han articulado las reformas de las ETT, principalmente la que se llevó a cabo por la Ley 35/2010, es la expansión del modelo de trabajo temporal a través de la cesión de trabajadores por ETT. A través de esta reforma, con el objetivo de transposición de la Directiva de 2008, se llevó a cabo una importante ampliación de su campo de actuación a través de la eliminación o flexibilización de las limitaciones y restricciones existentes aún respecto al uso de las ETT en dos ámbitos específicos: respecto a actividades y trabajos especialmente peligrosos y respecto a las Administraciones Públicas.

La Directiva de 2008 parte del presupuesto de que "La mejora de la base de protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal debe ir acompañada de una revisión de las restricciones o prohibiciones de que podría ser objeto el recurso a la cesión temporal de trabajadores" (Exp. Motivos, Considerando 18). Es decir, la Directiva considera que una vez eliminadas las diferencias de igualdad de trato entre los trabajadores en misión y los trabajadores de las empresas usuarias solo pueden justificarse las restricciones o prohibiciones al recurso de trabajadores cedidos por ETT "por el interés general relativo, en particular, a la protección de los trabajadores por cuenta ajena, las exigencias de salud y seguridad en el trabajo y la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo, incluida la necesidad de evitar posibles abusos".

En consecuencia, el art. 4 de la Directiva 2008 establece un mandato de revisión de las prohibiciones o restricciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal, estableciendo que las mismas "deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos". Pare ello establece que "A más tardar el 5 de diciembre de 2011, los Estados miembros, tras consultar a los interlocutores sociales, de conformidad con la legislación nacional, los convenios colectivos y las prácticas nacionales, revisarán las restricciones o prohibiciones establecidas al recurso a la cesión temporal de trabajadores a fin de comprobar si siguen estando justificadas por las razones expuestas".

Como se sabe, el contrato de puesta a disposición es siempre temporal y su celebración ha de tener una fundamentación causal consistente en la satisfacción

de necesidades temporales de mano de obra por parte de la empresa usuaria, ya que es precisamente la cobertura de estas necesidades temporales de las empresas usuarias (como alternativa a la contratación directa de trabajadores temporales por éstas) lo que caracteriza el mercado de empleo propio de las ETT y, en consecuencia, limita su ámbito de actividad exclusiva. Por ello, la ley presta gran atención a la delimitación de los supuestos en que cabe la utilización de los contratos de puesta a disposición (art. 6 LETT) y aquellos en los que esta posibilidad se encuentra expresamente prohibida (art. 8 LETT).

En la regulación prevista en la LETT, la delimitación de las causas en que las empresas usuarias podrán celebrar contratos de puesta a disposición (para cubrir puestos de trabajo que podrían haber cubierto directamente a través de contrataciones para obra o servicio determinado, eventuales por circunstancias de la producción o de interinidad) se complementa con una determinación negativa que realiza el art. 8 LETT que establece una serie de prohibiciones legales expresas de utilización del contrato de puesta a disposición: sustitución de trabajadores huelguistas, cesión a otras ETT, amortización previa de puestos de trabajo, realización de actividades y trabajos de especial peligrosidad para la seguridad o la salud. Estas prohibiciones obedecen, sin duda, a la finalidad de proteger la seguridad y salud de los trabajadores en misión y de garantizar el buen funcionamiento del mercado y evitación de posibles abusos.

A esto hay que añadir que la Disposición Adicional 5ª de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público ("Límites a la contratación con empresas de trabajo temporal") establecía que "No podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos". Previsión que, sin embargo, fue derogada con efectos de 1 de abril de 2011 como consecuencia de la Directiva 2008/104/CE y su transposición por la Ley 35/2010 (Vid. la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014).

Por otra parte, las posibilidades de utilización de contratos de puesta a disposición por parte de las empresas usuarias podía venir limitada y condicionada adicionalmente –en cuanto a las causas de utilización, puestos de trabajo que pueden cubrirse o el número máximo de contratos de puesta a disposición que puedan celebrarse- por las cláusulas de los convenios colectivos que regulan esta materia (actuando como límites a la libertad empresarial de contratación y como manifestación de una función gestional del empleo en la empresa o sector que se canaliza a través de la negociación colectiva). Sin embargo, la Directiva 2008/104/CE, impide también estas limitaciones y establece al efecto en su art. 4.3 que "En caso de que dichas restricciones o prohibiciones estén establecidas en

convenios colectivos, los interlocutores sociales que hayan negociado el acuerdo correspondiente podrán efectuar la revisión a la que se refiere el apartado 2".

La Ley 35/2010 modificó el párrafo b) del art. 8 e incorporó a la Ley 14/1994 una disposición adicional 2ª sobre trabajos y ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo. A través de dichas modificaciones se pretende: adaptar las prohibiciones o limitaciones del recurso a ETT en trabajos de riesgo a la Directiva comunitaria; establecer una regulación básicamente legal para delimitar las prohibiciones o limitaciones justificadas, de acuerdo con lo establecido en la Directiva, frente al tratamiento anterior basado en una regulación reglamentaria (RD 216/1999); y reservar un papel en esta materia a los interlocutores sociales mediante la posibilidad de regular de forma transitoria y complementaria estas prohibiciones a través de acuerdos interprofesionales o convenios colectivos de sector estatal. Lo significativo, en cualquier caso, de la nueva regulación es la drástica reducción que se ha producido en cuanto a los trabajos u ocupaciones prohibidas respecto de la normativa anterior y que en ningún caso estas prohibiciones se refieren a sectores enteros, sino a trabajos u ocupaciones concretas. Esta nueva regulación, sin duda, se alinea con lo que ya se había venido manteniendo desde algunos sectores, en especial desde la patronal de ETT, que consideraban que la regulación anterior había tenido como resultado una prohibición extraordinariamente amplia, que ha limitado considerablemente y de forma injustificada (incluso se ponía en cuestión su legitimidad) las operaciones de las ETT en sectores enteros de actividad[12].

3. LA EXPANSIÓN DE LAS ETT A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA DEROGACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA DE LA LEY DE CONTRATOS EN EL SECTOR PÚBLICO DE 2007 Y LAS POSIBILIDADES DE RECURSO A LAS ETT

La ampliación de las actividades de las ETT a todas las actividades productivas (salvo las excepciones ya indicadas), incluidos los servicios públicos, se sentencia especialmente a través de la Disposición Adicional 4ª LETT (añadida por la Ley 35/2010 que clarificó la redacción inicial de la misma establecida por el RDL 10/2010, que había planteado bastantes dudas interpretativas) que establece que "A partir del 1 de abril de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, incluida la establecida en la Disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público,

[12] Carrero Domínguez, C. y Blasco De Luna, F.J.: "Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de trabajo temporal", en García-Perrote y MERCADER UGUINA (Dirs.): *La Reforma del Mercado de Trabajo*. Edit. Lex Nova. Valladolid, 2010, pág. 302-303.

con la única excepción de lo establecido en la presente Ley. A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos".

La actuación de las ETT en las Administraciones Públicas hay que enmarcarla en el ámbito de las contradicciones existentes en relación al reclutamiento de trabajadores en el sector público: Por una parte, la necesidad de garantizar los principios constitucionales que rigen el acceso al sector público y de impedir el reclutamiento injustificado de personal laboral inestable, inseguro y precario. Por otro lado, la creciente tendencia al crecimiento (abusivo) de la temporalidad en el empleo público, así como a la gestión indirecta de los servicios públicos o bien la gestión directa mediante el sometimiento al ordenamiento laboral, consecuencia todo ello de la aplicación del principio de sostenibilidad económica y contención del déficit y de la cada vez mayor flexibilidad y ductilidad del ordenamiento laboral frente al modelo burocrático tradicional mucho más rígido.

Inclinándose hacia la garantía del empleo estable y protegido, en gran medida por la presión sindical[13], la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público ("Límites a la contratación con empresas de trabajo temporal") impuso la prohibición general de que los entes públicos utilizaran los servicios de las ETT: "No podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos". Además, la normativa del estatuto de la función pública en algunas CCAA había prohibido en todo caso su utilización (como parecía hacerse también en el I, II y III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado, en los cuales se establecía que "Las necesidades no permanentes de personal se atenderán mediante la contrata-

[13] Durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos del Sector Público se llegó a un acuerdo "liberalizador" y totalmente criticable que fue sin embargo rechazado en el Senado por la fuerte oposición sindical, volviéndose al texto originario del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno. El texto del acuerdo [BOCG, Senado, nº 112 (d), de 8 de octubre de 2007] decía: "1. Podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal para la puesta a disposición de personal por un plazo determinado, siempre que en la documentación preparatoria del contrato se acredite debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales de que dispone la entidad contratante para cubrir las necesidades que tratan de satisfacer a través del contrato". Vid. Rodríguez Escanciano, S.: "Externalización y empleo público en régimen laboral", en *Crisis y externalización en el sector público: ¿Solución o problema?*. INAP, Madrid, 2011, pág. 236. Vid. También Pérez De Los Cobos Orihuel, F.: "La contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas", Diario La Ley, nº 7588, 14 de marzo de 2011, que atribuye el rechazo de dicho acuerdo a la fuerte oposición sindical.

ción de personal temporal a través de la modalidad más adecuada para la duración y el carácter de las tareas a desempeñar", acudiéndose para ello a los Servicios Públicos de Empleo o bolsas de empleo).

De esta forma, la prohibición impuesta por la DA 5ª de la Ley de Contratos del Sector Público debía valorarse positivamente en la medida en que contribuía a no aumentar las tasas de precariedad laboral ni permitía una vía de reclutamiento de personal laboral inestable y con menos derechos sociales. La prohibición además trataba de garantizar el acceso al empleo público a través de los principios constitucionales (art. 103 CE) y legales (art. 55 EBEP) que lo rigen. No obstante, la norma dejaba abierta una amplia posibilidad de utilización de las ETT al establecer una salvedad bastante genérica e indeterminada -"salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos"- que implicaba delimitar a qué se refería con amplia referencia a los "servicios análogos"[14].

El único límite fuerte que se establecía era que la duración de estos contratos en ningún caso podría superar el plazo de seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga. Y se trataba de impedir la consecuencia de que los trabajadores cedidos por la ETT adquiriesen la condición de fijos una vez que siguieran prestando servicios en la Administración o Entidad Pública (empresa usuaria) más allá del máximo establecido, añadiendo la DA 5ª de la Ley de Contratos del Sector Público que en estos contratos, vencido su plazo de duración, "no podrá producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas, realicen los trabajos que constituyan su objeto, sin que sea de aplicación lo establecido en el art. 7.2 de la LETT", eliminando así una de las máximas garantías de tutela de los trabajadores cedidos por ETT. Lo que, en cualquier caso, sin embargo, no impediría que dichos trabajadores adquiriesen la condición de trabajadores "indefinidos no fijos"[15], que habrán accedido así al empleo público sin respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, reiterados en el art. 55 EBEP (en cuyo caso se rompe el argumento de que realmente estos principios no son aplicables a los trabajadores cedidos por una ETT a la Administración Pública ya que estos trabajadores son realmente trabajadores de la ETT y no de la Administración[16]).

---

[14] Apilluelo Martín, M.: "Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública", en AAVV: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vol.I, Madrid, 2001, pág. 488.

[15] Apilluelo Martín, M.: "Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública, op.cit., pág. 492; Rodríguez Escanciano, S.: "Externalización y empleo público en régimen laboral", op.cit., pág. 240.

[16] Mantenido, entre otros, por Pérez De Los Cobos Orihuel, F.: "La contratación

Estas previsiones, sin embargo, fueron modificadas como consecuencia de la Directiva 2008/104/CE y su transposición por la Ley 35/2010. La nueva Disp. Adic. 4ª de la LETT, introducida por la Ley 35/2010, establece ahora, como ya se ha indicado, la supresión todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, incluida la establecida en la Disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. Añade, además, que, previa negociación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, el Gobierno establecerá los criterios funcionales de aplicación de lo dispuesto en dicho párrafo en el ámbito de dichas Administraciones. Las empresas de trabajo temporal no podrán realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos. Además, la Disposición Derogatoria Única de la Ley 35/2010 derogó la Disposición Adicional 5ª de la anterior Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a partir de 1 de abril de 2011. De esta forma, tal prohibición ya no aparece en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Esta nueva regulación supone, pues, que quedaron suprimidas, a partir de 1 de abril de 2011, las limitaciones que antes existían respecto a la utilización de trabajadores puestos a disposición por ETT en el ámbito de las Administraciones Públicas. No obstante, las ETT no podrán realizar contratos de puesta a disposición con las Administraciones Públicas para la realización de tareas que estén reservadas a los funcionarios públicos a través de una norma legal. No se hace ninguna referencia al personal estatutario regulado por el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (Ley 55/2003, de 16 de diciembre), lo que podría interpretarse, como ha señalado algún autor, en el sentido de que en este ámbito tampoco existirán limitaciones para la utilización de trabajadores cedidos por ETT, salvo en los casos en que desempeñen trabajos sometidos a radiaciones ionizantes, agentes cancerígenos o biológicos[17]. Sin embargo, teniendo en cuenta que el Estatuto Marco (art. 1) declara que la relación estatutaria es una relación funcionarial especial (asimismo el art. 2 del EBEP establece que "Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud"), debe aplicarse al personal estatutario la misma prohibición establecida respecto a los funcionarios públicos.

---

de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas", op.cit.

[17] Calderón Pastor, F.J.: "Las Empresas de Trabajo Temporal tras la Ley 35/2010 de Reforma del Mercado de Trabajo", en Revista de Información Laboral (Jurisprudencia), nº 8/2010, págs. 2-20.

Desde el 1 de abril de 2011 las únicas limitaciones o prohibiciones que se puedan establecer solamente serán válidas cuando se justifiquen –como establece la Directiva 2008- por razones de interés general, relativas a la protección de los trabajadores cedidos por ETT, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos. De esta forma, salvo los supuestos regulados a través de acuerdos interprofesionales o convenios colectivos de sector estatales conforme prevé la nueva Disposición Adicional 2ª de la LETT, no podrán establecerse limitaciones o prohibiciones al recurso de ETT por empresas usuarias tal y como se había producido hasta ahora, pese a las dudas interpretativas que había conllevado.

De forma paralela a la remisión hecha en la Disposición Adicional 2ª de la LETT a la negociación colectiva interprofesional o de carácter sectorial estatal para establecer limitaciones por razones de seguridad y salud en determinados sectores, la nueva Disposición Adicional 4ª contiene un mandato al Gobierno para establecer, a través de la negociación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, los criterios funcionales para la utilización en este ámbito de trabajadores cedidos por ETT y las posibles limitaciones que se justifiquen por razones de interés general en los términos ya señalados.

La cada vez mayor utilización de mecanismos de gestión indirecta en el sector público, junto con posibilidad de utilización de las empresas de trabajo temporal llevó a que el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad tratase de clarificar la situación de los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, estableciendo en la Disposición adicional primera que los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público (art. 3.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) deberán dictar en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada. Se pretende con ello evitar, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. Para ello estableció que, a tal fin, los citados entes, organismos y entidades deberían dictar antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.

En este sentido, véase, por ejemplo, la Instrucción de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 1/2011, de 27 de octubre, pone de relieve dos cuestiones importantes:

-Por un lado, que los contratos de puesta a disposición con ETT se tiene que compatibilizar, primero, con la reserva que el art. 9.2 EBEP establece a favor tanto de los funcionarios públicos como del ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas; y, segundo, con el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público que son aplicables a los supuestos de selección de personal de carácter temporal.

-Por otro lado, que la supresión de la inaplicación del art. 7.2 LETT en el ámbito de las Administraciones Públicas derivada de la derogación de la Disposición Adicional 5ª de la Ley de Contratos del Estado comporta que si finaliza el plazo de duración del contrato de puesta a disposición y el trabajador continua prestando servicios en la Administración pasa a tener carácter de personal indefinido no fijo. Previendo estos supuestos, la citada Instrucción recuerda que en el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración, "el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias".

La preocupación por el riesgo de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales (lo que supondría una mala actuación de la Administración Pública) dio lugar también a la Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas (BOE 18 de enero de 2011), en la que se insta a las Administraciones Públicas a:

-Instrumentar los mecanismos necesarios para que la contratación de servicios externos por la Administración se circunscriba exclusivamente a supuestos en los que se encuentre debidamente justificada.

-Que a través del Diálogo Social en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas se determinen los servicios y funciones que pueden ser objeto de externalización por parte de aquéllas, con el fin de evitar el eventual recurso a la contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales, cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal.

-Que en los pliegos de prescripciones técnicas, así como en los de cláusulas administrativas particulares, de los contratos de servicios y de los que se celebren, en su caso, con empresas de trabajo temporal, se determinen con la mayor

precisión posible, las prestaciones a realizar y se incremente la vigilancia de estos aspectos por parte del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General del Estado, de manera que se evite el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de las citadas empresas.

-Con la misma finalidad, debería cuidarse también que su ejecución no se desvíe de lo pactado, así como el cumplimiento de su plazo de duración y de las prórrogas.

-Que la cobertura de puestos de trabajo con carácter indefinido, como consecuencia de posibles irregularidades en la contratación y de las consiguientes sentencias, no sea considerada en ningún caso una adscripción definitiva al puesto de trabajo, sino que desemboque, conforme contempla la Disp. Adic. 15ª del ET, en su amortización o en la provisión con arreglo a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, en función de las necesidades de la Administración.

-Que en caso de incumplimiento de la normativa vigente, se delimiten y exijan las responsabilidades que en cada caso procedan.

De esta forma, para evitar efectivamente el riesgo de que se consolide personal procedente de las empresas contratistas o de las ETT como personal indefinido del organismo contratante, a través de diversas Instrucciones se señala que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de servicios y los que se celebren con ETT tienen que determinar en todo caso y con la máxima precisión posible las prestaciones que se tienen que llevar a cabo y los medios de control que se utilizarán para asegurar que la ejecución de estos contratos no se desvía de los acuerdos pactados ni del plazo fijado.

En cualquier caso, la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan suscribir contratos de puesta a disposición con ETT está sometida a ciertas restricciones derivadas de los límites a la contratación impuestos por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Así, el art. 19.Cuatro ("Oferta de Empleo Público u otro instrumento similar de gestión de la provisión de necesidades de personal") de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (como también se contemplaba en las Leyes de Presupuestos de los años anteriores) establece que "la celebración de contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal sólo podrá formalizarse en las condiciones del apartado dos de este artículo y requerirá la previa autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública" (limitación que también se prevé para la contratación de personal laboral temporal y el nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal). En virtud del referido apartado Dos del art. 19 LPGE, "No se podrá proceder a la contratación de personal temporal, así como al nombramiento de personal estatutario temporal y de funcionarios in-

terinos excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables". En consecuencia, la celebración de contratos de puesta a disposición con ETT sólo se podrá llevar a cabo en estos supuestos excepciones y limitados.

Además, la Disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 ha establecido la "Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral". Se establece, como debe ser obvio, que los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con los previsiones de la correspondiente LPGE, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades. Y, en tal sentido, se determina que "Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial". En consecuencia, "Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas". Asimismo, se prevé que las Administraciones Públicas "promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal".

4. LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES PUESTOS A DISPOSICIÓN POR ETT

Uno de los aspectos centrales de la reforma que se llevó a cabo respecto a las ETT por la Ley 35/2010 fue la mejora del estatus legal del trabajador en misión, tal como exige la transposición de la Directiva de 2008. Se trata básicamente de

cambios referidos al principio de igualdad de trato que establecen los arts. 5 y 6 de la Directiva 2008.

No obstante, hay que señalar que, en gran medida, se trata de una reforma que ya había sido incorporada en la práctica básicamente por la negociación colectiva, a través de los sucesivos convenios colectivos sectoriales estatales, cuyo papel en la regulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores puestos a disposición ha ido siendo progresivamente relevante. Después de un período inicial de negociación fuertemente descentralizada, con un gran número de convenios colectivos de empresa, se ha ido produciendo una progresiva centralización a nivel estatal y, en menor medida, autonómico. Es importante destacar, al efecto, que el art. 13 de la LETT establece una regla especial de legitimación para negociar convenios colectivos en este sector, conforme a la cual "en ausencia de órganos de representación legal de los trabajadores, estarán legitimadas para negociar los convenios colectivos que afecten a las empresas de trabajo temporal las Organizaciones sindicales más representativas, entendiéndose válidamente constituida la representación de los trabajadores en la Comisión negociadora cuando de ella formen parte tales Organizaciones". Precepto que trataba de garantizar la negociación colectiva a pesar de la previsible inexistencia de órganos de representación legal de los trabajadores en este tipo de empresas. Precisamente éste requisito fue el que no aconteció en la praxis para que fuese de aplicación el precepto.

Efectivamente, la regulación llevada a cabo por la Ley 14/1944 establecía que los trabajadores cedidos tendrían derecho a ser remunerados de conformidad con lo establecido en el convenio colectivo aplicable a las empresas de trabajo temporal o, en su defecto, en el convenio colectivo correspondiente a la empresa usuaria. Esta posibilidad de eludir la aplicación de las tablas salariales de la empresa usuaria, en la que presta servicios el trabajador cedido, mediante la aplicación de un convenio colectivo propio, actuó de acicate para que se negociaran en el sector de las ETT un gran número de convenios colectivos de empresa donde se regulaban condiciones salariales muy inferiores a las aplicables en las empresas usuarias (hecho agravado porque las representaciones normalmente estaban compuestas por personal de "estructura" con intereses diferenciados y una mayor estabilidad laboral), de tal forma que se impuso un modelo de ETT configuradas básicamente como instrumentos de reducción de costes salariales y de derechos. Pese a que la propia ley hubiese abierto esta posibilidad de desigualdad salarial, difícilmente se puede negar la inconstitucionalidad de esta regulación carente de justificación objetiva y razonable (salario menor para el desempeño de idénticas funciones dentro de la empresa). Después de la modificación del art. 11 de la Ley 14/1994, efectuada por la Ley 29/1999, se estableció una garantía de igualdad retributiva. Además, los propios convenios colectivos han tratado de reforzar el principio de igualdad retributiva entre los trabajadores cedidos o puestos a disposición y los trabajadores de la empresa usuaria.

Con la finalidad de regularizar el funcionamiento del mercado y lograr una mayor transparencia y seguridad jurídica, y al mismo tiempo buscando una mejora de los derechos de los trabajadores que, sin disminuir las ventajas de la flexibilidad de gestión, permitiera obtener una mayor legitimación social para las ETT, se ha ido actuando sobre esta desigualdad salarial, primero por vía de la negociación colectiva y luego mediante la propia intervención legislativa. Sin desconocer la presión sindical respecto a esta mejora de las condiciones salariales, y laborales en general, de los trabajadores cedidos, las grandes empresas del sector han propiciado una negociación colectiva sectorial dirigida a mejorar las condiciones laborales de los trabajadores cedidos y, como efecto directo, a la expulsión de muchas ETT de pequeñas y medianas dimensiones.

El I Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal (1995) no logró la equiparación salarial en la medida en que tampoco pudo acabar con el proceso de descentralización de la negociación colectiva en este sector. El II Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal fijó como unidades de negociación adecuados los ámbitos estatal y autonómicos, aunque muchas ETT mantuvieran convenios colectivos empresariales de dudosa legalidad según las reglas de concurrencia previstas en el art. 84 ET (aparte de los problemas derivados de prácticas antisindicales por parte de estas ETT al potenciar, o incluso designar, órganos de representación de los trabajadores que pudieran negociar -"firmar"- estos convenios colectivos con la exigida legitimación)[18] ; y por ende, se aseguraron una ventaja competitiva dentro del sector en materia de costes salariales.

En el III CC de ETT de 19 de octubre de 2000 (BOE de 10 de noviembre) se estructuró de nuevo la negociación colectiva en este sector mediante unidades de negociación de ámbito estatal y de comunidad autónoma. Se estableció la preferencia por el convenio estatal, de tal forma que se enumeraban un conjunto de materias que quedaban reservadas a este ámbito estatal y se declaraba la aplicación del convenio estatal sobre el autonómico en caso de concurrencia conflictiva entre ambos. Las unidades de negociación de ámbito autonómico podrían desarrollar y mejorar aquellas materias reguladas en el convenio estatal que no estuviesen reservadas a este ámbito, y podrían además negociar materias no reguladas por el convenio estatal. La negociación colectiva de ámbito autonómico que primero se desarrolló fue en Cataluña[19].

---

[18] Molina Navarrete, C.: Nuevas reglas de competencia en el mercado de las Empresas de Trabajo Temporal, Jaén, Universidad de Jaén, 2000, pág. 123.

[19] Pérez De Los Cobos, Orihuel, F.: "Mejora de la calidad de las relaciones en el ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal. Situación de presente y futuro de las relaciones laborales en las Empresas de Trabajo Temporal en Catalunya", en *Millora de la qualitat de les relacions laborals en l'àmbit de les Empreses de Treball Temporal*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2003, págs. 111 y sigs.

En 2004 se firmó el IV CC Estatal de ETT, en el que se realzó la necesidad de establecer una estructura negocial racional, integrada y homogénea, evitando los defectos de atomización, desarticulación y dispersión, y al amparo de lo previsto en el art. 83.2 del ET, las partes legitimadas en el ámbito de aplicación del CC, acordaron que la estructura de negociación colectiva en el sector de actividad de las ETT quedase integrada por unidades de negociación de ámbito estatal y de Comunidad Autónoma. En esa dirección se estableció un reparto material entre las dos unidades de negociación referenciadas, que permita garantizar los necesarios elementos de homogeneidad económica y social para todo el ámbito de actuación territorial de las ETT, así como un racional proceso de distribución y selección de materias en virtud del carácter y condiciones propias de la unidad negocial de que se trate (art. 1º).

Actualmente está vigente el V CC de ETT de 23 de enero de 2008, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2010 y en situación de ultractividad en virtud de la SAN de 31 de enero de 2014, que mantiene la misma estructura de la negociación colectiva para el sector de las ETT y el reparto material entre las distintas unidades de negociación que se estableció en los convenios anteriores. En este Convenio Colectivo (arts. 33, 34, 35, 36, 41) se reconoce ya plenamente una equiparación de trato entre los trabajadores en misión y los trabajadores contratados directamente por las empresas usuarias en relación a la remuneración, jornada de trabajo, horas extraordinarias, descanso semanal y festividades, trabajo nocturno y vacaciones, llevando a cabo una remisión a la regulación aplicable a la empresa usuaria.

El objetivo, en este punto, de la reforma introducida por la Ley 35/2010 es la transposición de la Directiva 2008 respecto a la mejora de la igualdad de trato de los trabajadores puestos a disposición por empresas de trabajo temporal. Teniendo en cuenta que dichos derechos ya eran reconocidos al amparo de la negociación colectiva, su principal virtualidad es su incorporación al marco normativo con rango legal

La Directiva 2008/104/CE se ocupa especialmente de garantizar el principio de igualdad de trato en las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos. El principio de igualdad de trato se reconoce en el art. 5.1 de la Directiva al establecer que "las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto". A este respecto, la Directiva define las "condiciones esenciales de trabajo y empleo" como las "condiciones de trabajo y empleo establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas

usuarias relativas a: i) la duración de la jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas y los días festivos; ii) la remuneración". Por otro lado, el art. 6 de la Directiva también garantiza la igualdad en aspectos relativos al acceso al empleo, a las instalaciones comunes y a la formación profesional.

Además, la Directiva establece que, a efectos de la aplicación de este principio, deberán respetarse las normas vigentes en la empresa usuaria relativas a la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los niños y jóvenes; así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

Es destacable que en la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea se utilizaba como punto de referencia para la aplicación del "principio de no discriminación" las condiciones de trabajo de un trabajador comparable de la empresa usuaria, entendiendo por tal "el trabajador de la empresa usuaria que ocupa un puesto idéntico o similar al ocupado por el trabajador puesto a disposición por la empresa de trabajo temporal teniendo en cuenta la antigüedad y las cualificaciones y competencias". Este término de comparación fue una de las cuestiones en las que se ha producido más desacuerdo por parte de los interlocutores sociales y finalmente no aparece en la Directiva 2008/104/CE.

Pero uno de los aspectos más problemáticos de la Directiva son las "posibles excepciones" que la misma admite: Así, en primer lugar, por lo que se refiere a la remuneración, los Estados miembros, tras consultar a los interlocutores sociales, podrán establecer excepciones a este principio cuando los trabajadores cedidos, vinculados a la ETT por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones (supuesto éste que no será muy habitual en nuestro país, dado que hasta ahora se ha demostrado que la mayor parte de las veces la ETT se vincula temporalmente a los trabajadores para ser cedidos coincidiendo con la duración de la misión para la que han sido contratados). En segundo lugar, se podrá confiar a los interlocutores sociales la posibilidad de celebrar convenios colectivos que, siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, contemplen acuerdos relativos a las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por ETT, que puedan ser diferentes de los contemplados en el apartado 1, es decir, excepciones al referido principio de igualdad de trato (asumiendo los Estados miembros una función de garantía en este supuesto al quedar obligados a adoptar medidas para evitar abusos, art. 5.5 Directiva). Y, en tercer lugar, también se podrá exceptuar la aplicación de este principio por parte de los Estados miembros, siempre que se ofrezca un nivel de

protección adecuado para los trabajadores cedidos por ETT, cuando en su legislación no exista un sistema para declarar la aplicación general de los convenios colectivos, ni exista en su legislación o en la práctica un sistema semejante para extender sus disposiciones a todas las empresas similares en un sector o zona geográfica determinados, previa consulta de los interlocutores sociales a escala nacional y sobre la base de un acuerdo celebrado por éstos (en la Propuesta de Directiva se establecía la posibilidad de establecer excepciones al principio de igualdad de trato para los trabajadores cedidos por ETT que ejecuten, con motivo de una misión o de una serie de misiones, dentro de la misma empresa usuaria, trabajos que no excedan de seis semanas; supuesto que era especialmente problemático dado que la propia Comisión Europea reconoce, en la Ficha de Evaluación de Impacto, que las misiones de los trabajadores cedidos en las empresas usuarias son habitualmente muy cortas, durando en la gran mayoría de los casos menos de seis semanas).

Todas estas excepciones (de potencial amplio alcance) pueden tener el efecto de limitar en gran medida los objetivos de fomento de equiparación en las condiciones laborales de los trabajadores cedidos, lo que puede hacer vanas las promesas de alcanzar el empleo de "calidad" en este tipo de interposición laboral.

Además, la Directiva establece que las disposiciones para garantizar el principio de igualdad de trato serán suficientemente precisas y accesibles para permitir a los sectores y empresas afectados identificar y cumplir sus obligaciones. Y en particular, los Estados miembros habrán de especificar si los regímenes profesionales de seguridad social, incluyendo pensiones, prestaciones económicas por enfermedad o los regímenes de participación financiera, están incluidos en las disposiciones relativas a las condiciones esenciales de trabajo y de empleo a que se refiere el art. 5.1 de la Directiva.

La transposición de la Directiva 2008 para garantizar legalmente la igualdad de trato que la misma impone, mejorando así los derechos laborales de los trabajadores puestos a disposición por las ETT, afecta tanto a los derechos de los trabajadores respecto de las ETT (modificación del art. 11 de la LETT) como a los derechos de los trabajadores respecto de la empresa usuaria (modificación del art. 17 de la LETT), así como al régimen de responsabilidades, subsidiaria o solidaria, entre ambas empresas (modificación del art. 16 de la LETT), como consecuencia de la estructura compleja existente en la relación de trabajo temporal en las ETT.

Hay que tener en cuenta que, en la actividad de las ETT, la relación de trabajo temporal presenta una estructura relacional de carácter complejo, pues está formalizada a través de distintas formas contractuales interdependientes. Las "piezas" jurídicas de esa estructura relacional, son (a) los contratos de puesta a

disposición; (b) la relación con la ETT (contrato de trabajo temporal); y (c) la relación (laboral) con la Empresa usuaria.

Es importante destacar que los contratos de trabajo temporal y de puesta a disposición (y la relación laboral del trabajador con la empresa usuaria, ligadas a aquéllas dos formas contractuales conexas) son lo que en derecho contractual se denominan contratos (y relaciones) coligados y coordinados entre sí, cada uno de los cuales responde a una causa dotada de autonomía, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económico-laboral unitaria y compleja. Contrato de trabajo temporal y contrato mercantil de puesta a disposición se combinan en la forma de empleo a través de ETT. Es decir, los distintos contratos coligados (de trabajo temporal y el también "individualizado" de puesta a disposición para trabajar temporalmente), aun estando en situación funcional de conexión contractual, conservan su individualidad. Esta conexión contractual puede determinar que ciertas vicisitudes que afectan a un contrato puedan repercutir sobre el otro "coligado"[20]. El régimen jurídico de estos contratos conexos o coligados pone de relieve la existencia de importantes peculiaridades o especialidades no inferiores a las legalmente consideradas como relaciones laborales de carácter especial (art. 2 ET), aún sin tener la condición jurídica de tales en el sentido técnico del art. 2 ET.

El contrato de trabajo con la ETT es un contrato formalizado por escrito que vincula laboralmente a la ETT, que asume a este título la condición de empresario, y al trabajador para prestar servicios en empresas usuarias, mediando retribución a cargo de aquélla (art. 10 Ley 14/1994 y art. 1.2 Directiva 91/383/CEE, de 25 de junio 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de ETT). Sin embargo, parece que, en el plano estricto de Derecho positivo, el art. 1.2 ET no considera empleador (con lo que en el programa normativo el empleador no deviene "bicéfalo" en sentido propio o técnico-jurídico como parte o sujeto del contrato de trabajo) a la empresa usuaria a pesar de ser receptora de la prestación de servicios laborales de los trabajadores cedidos temporalmente por la ETT, de ser beneficiaria (anticipadamente) de la titularidad de los resultados del trabajo realizado en sus unidades productivas.

Este contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición (art. 10.1 LETT). En la práctica jurídica se utiliza más el contrato de duración de determinada, hecho, éste, que incrementa objetivamente la inseguridad del empleo.

[20] Galgano, F.: *El negocio jurídico*. Editorial Tirant lo Blanch. 1ª edic. Valencia, 1992

Por el otro lado, no existe en la LETT una definición de empresa usuaria, sin embargo, por relación con aquélla, se infiere que puede ser cualquier persona física o jurídica (o ente sin personalidad jurídica), que contrate la cesión temporal de trabajadores a través del contrato de puesta a disposición. Por su parte, la Directiva 2008/104/CE sí define a la empresa usuaria como "toda persona física o jurídica para la cual y bajo el control y la dirección de la misma trabaja temporalmente un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal".

El contrato de puesta a disposición es el celebrado por escrito (garantía de seguridad jurídica y de control público de su contenido) entre la ETT y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél (art. 6.1 LETT). Es, pues, un contrato bilateral concertado entre dos empresas, de naturaleza civil o mercantil (Disp. Adic. 1ª LETT), que permite, desde el punto de vista funcional, la transmisión parcial del poder directivo sobre el trabajador cedido en "préstamo" y la cesión anticipada de la titularidad de los resultados del trabajo ajeno a cambio de una compensación económica. Así pues, aunque se trate de un contrato mercantil, despliega importantes efectos en el ámbito laboral, permitiendo una distribución de los poderes directivos empresariales entre dos empresas, de las cuales solo una ha contratado laboralmente al trabajador.

Este contrato –que habrá de concertarse por cada trabajador cedido conforme al modelo oficial establecido en el Anexo 3 del RDETT- tiene por objeto la cesión o suministro temporal de mano de obra, teniendo la utilidad para la ETT de la percepción de la compensación económica y para la empresa usuaria la disponibilidad de personal externalizando su gestión a través de la contratación "indirecta" como alternativa posible a la contratación "directa" al margen del recurso a la forma de empleo de las ETT, pues dicho personal no formará parte de su plantilla.

La relación del trabajador enviado "en misión" con la empresa usuaria receptora no resulta de una contratación laboral directa o nexo contractual directo entre la empresa usuaria, a la cual no se considera parte en el contrato de trabajo temporal, sino meramente "receptora" y organizadora de la prestación de servicios: "a los efectos de esta ley –dice el art. 1.2 ET-, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas". Este criterio de inclusión constitutiva [esto es, de no haberse establecido por el legislador no podría inferirse o deducirse del Ordenamiento jurídico, porque faltan los atributos típicos de la condición jurídica de empleador: ejercicio del poder de dirección y organización de la prestación laboral que se recibe por cuenta y dependencia ajena; cfr. arts.1 y 20 del ET], y

no meramente declarativa, de las ETT como empleadores, es coherente, desde el punto de vista estrictamente lógico-jurídico, con uno de los elementos esenciales de la configuración legal del empleador según el primer inciso del número 2 del art. 1 ET; a saber, el criterio determinante para ostentar la condición iuslaboral de empresario es la de ser "receptor" de la prestación de servicios del trabajador, siendo la ETT "beneficiaria" a título originario –aunque no receptora directa o inmediata, de ahí el carácter constitutivo de su consideración como empresario- de los "frutos" o utilidad patrimonial del trabajador dependiente.

En este marco, la primera cuestión a destacar en la reforma llevada a cabo es que la garantía de igualdad de trato, centrada hasta ahora fundamentalmente en los aspectos retributivos y ya garantizada tanto en la LETT como en la negociación colectiva del sector, se amplía a las "condiciones esenciales de trabajo y empleo". El nuevo art. 11 LETT, según la redacción dada por la Ley 35/2010, establece que "los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto".

Para determinar el contenido de la extensión de esta garantía, la nueva norma aclara que "se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos" (reproduciendo el art. 3.1,b de la Directiva 2008).

La segunda cuestión es que no se identifica de manera específica la fuente normativa de dichas condiciones esenciales, por lo que la fijación de las condiciones mínimas equiparables (es decir las condiciones esenciales de trabajo y empleo aplicables en la empresa usuaria) puede haber sido realizada por convenio colectivo estatutario o extraestatutario, o acuerdo o pacto colectivo de empresa. Interpretación coherente con la jurisprudencia reciente en nuestro país y que, en cualquier caso, deriva del art. 3.1,f de la Directiva 2008 que establece que se entenderá por «condiciones esenciales de trabajo y empleo: las condiciones de trabajo y empleo establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias".

El alcance de la reforma en relación con la garantía legal de la igualdad de trato se traduce en los siguientes aspectos:

4.1. Igualdad de remuneración

En relación con las condiciones de trabajo aplicables a este contrato temporal con la ETT, la LETT, a partir de la importante reforma llevada a cabo por la Ley 29/1999, así como el V CC de ETT ya establecían la equiparación del régimen retributivo de los trabajadores cedidos en virtud de un contrato de puesta a disposición entre la ETT y la empresa usuaria con los trabajadores de esta última.

Con anterioridad a esta reforma el trabajador debería ser remunerado según el convenio colectivo aplicable de la ETT o, en su defecto, el convenio colectivo correspondiente a la empresa usuaria. De modo que en nuestro modelo de regulación de las ETT se rehusaba garantizar legalmente el principio de trato igual entre los trabajadores de las ETT y de las empresas usuarias que tuvieran el mismo encuadramiento profesional y ocupacional en la empresa, desempeñando puestos de trabajo idénticos (no existía obligación así de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor el mismo salario, lo que, con argumentación no exenta de dudosa razonabilidad, se había justificado por la razón formal de que se trataba de trabajadores pertenecientes a empresas distintas y normalmente sometidos a convenios colectivos diferentes, ya que los trabajadores de las ETT no se integran en ningún momento en la plantilla laboral propia de la empresa usuaria).

Con la reforma de 1999 se procedió a una equiparación salarial entre los trabajadores cedidos y los trabajadores propios de la empresa usuaria, al prever el art. 11.1 LETT que los trabajadores contratados para ser cedidos a una empresa usuaria tendrán derecho durante el tiempo de prestación de servicios en la misma a "la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo". Se estableció también que dicha remuneración, que deberá incluir las partes proporcionales correspondientes al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones (combatiendo una práctica de las ETT que procedían a una contratación exclusivamente por los días laborables de la semana, de lunes a viernes, al objeto de eludir la retribución del descanso semanal), deberá ser cuantificada por la empresa usuaria. A este fin, la empresa usuaria deberá consignar dicho salario en el contrato de puesta a disposición del trabajador, si bien el cumplimiento de las obligaciones salariales corresponde a la ETT.

Según el art. 11.1 LETT, tras esta reforma, el módulo de referencia era la retribución del concreto "puesto de trabajo" que desempeñase ese trabajador. El necesario cálculo por "unidad de tiempo" resultaba muy criticable e introducía el problema de aplicabilidad del precepto cuando el módulo de cálculo retributivo sea por unidad de obra (salario a rendimiento/primas e incentivos), además

de cuestionar la equiparación retributiva de complementos personales (son los únicos excluidos expresamente por el Convenio ETT, que reconoce el derecho a todas las retribuciones económicas, fijas o variables, vinculadas al puesto de trabajo) o vinculados a la situación y resultados de la empresa (salvo que se proceda a su prorrateo por unidades temporales). Por todo ello, y dada la redacción del precepto, más que de una plena equiparación o igualdad retributiva, era más correcto hablar meramente de un "mínimo garantizado" por la norma.

En este punto, son de destacar los importantes pronunciamientos del Tribunal Supremo. De un lado, inicialmente, la Sentencia de 18 marzo 2004 (Ar. 3741) donde no se reconoció el derecho del trabajador cedido derecho a la aplicación del convenio colectivo en materia de complementos no salariales (utilizándose así un concepto estricto de igualdad "salarial", frente a una concepción más amplia de "retribución" como la admitida por la STSJ Andalucía de 13 de febrero de 2003, Ar. 2570).

En otro pronunciamiento, la STS de 25 septiembre 2002 (Ar. 5582), en unificación de doctrina, clarificó que la igualdad retributiva hace referencia tanto a las condiciones retributivas fijadas en convenio de eficacia general como en convenio extraestatutario y pactos de empresa, solventando así las discrepancias que en la cuestión habían venido apareciendo en las posiciones de distintos TTSSJJ. Esta interpretación jurisprudencial se adecuaba bastante a la teleología de la reforma, en la línea de alcanzar una efectiva equiparación retributiva entre los trabajadores en misión y los propios de la empresa usuaria. Ahora bien, la norma legal no abarcaría las mejoras salariales voluntarias concedidas por la empresa usuaria a sus trabajadores.

Condicionado por el principio de igualdad, el Tribunal Supremo ha llevado a cabo una interpretación de gran amplitud en relación con el concepto de remuneración. Las SSTS de 7 de febrero de 2007 y 22 de enero de 2009 han clarificado que "la obligación de abono se extiende, no sólo a los conceptos salariales en sentido estricto, sino a todo tipo de 'retribuciones', que es el concepto más amplio que emplea el art. 11.1 de la Ley 14/1994. Y ello llevó a la sentencia ya citada de 7 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1815) a calificar como tal una 'compensación por ayuda alimentaria' (…), pero no a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la llamada acción social empresarial, ni tampoco a las indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral". Abierta queda la problemática de la aplicabilidad de los acuerdos de descuelgue salarial que establezcan en la empresa usuaria condiciones salariales peyorativas respecto a lo previsto en el convenio sectorial de aplicación.

Junto con la equiparación salarial, el IV y V CC de ETT también han llevado a cabo una equiparación de otras condiciones de trabajo, especialmente el

tiempo de trabajo y su distribución, al convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria.

La reforma llevada a cabo por la Ley 35/2010 desarrolló ampliamente la equiparación salarial, estableciendo el nuevo art. 11.1 de la LETT que "la remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo". La norma específica que dicha remuneración deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador, debiendo consignarlas en el contrato de puesta a disposición. Debe recordarse, al respecto, que esta redacción es muy similar a la ya contenida en el art. 32 del V Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal.

No se ha utilizado, sin embargo, la posibilidad de establecer excepciones a esta equiparación retributiva que, como ya se ha dicho, permite el art. 5.2 de la Directiva 2008. De forma que la norma impone la igualdad de trato con independencia de que la relación laboral del trabajador en misión con la ETT sea de naturaleza temporal o indefinida.

4.2. Indemnización de fin de contrato

La Ley 35/2010 modificó también el régimen de la indemnización por fin de contrato prevista en la LETT (aspecto éste que en su momento no se había modificado por el RDL 10/2010), y con posterioridad fue nuevamente objeto de otra reforma por la Disp. Final tercera de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

Dicha indemnización ya estaba prevista en el art. 11.2 LETT en su redacción originaria, que reconoce, al margen de lo que corresponda en función de las circunstancias de la extinción [v. gr. indemnización por despido improcedente], al trabajador contratado temporalmente el derecho a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio (regla que recoge una práctica negocial en determinados convenios colectivos que establecían esta indemnización de "fin de contrato" para compensar la temporalidad de la relación laboral sostenida con el trabajador). En esta materia habrá de tenerse presente además el complemento normativo que supone el art. 47 del V Convenio Colectivo de ETT. Esta indemnización también le correspondería en el caso de que de que se diese la situación prevista en el art.

7.2 LETT (continuación de la prestación en la empresa usuaria y posterior vinculación a la misma con carácter indefinido)[21]. Aunque se perdería si se produce la rescisión unilateral *ante tempus* por parte del propio trabajador.

La actual regulación hace referencia a la indemnización "establecida en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación". Con ello se hace referencia a que la indemnización de doce días de salario por año de servicio se entiende sin perjuicio de pueda corresponder una indemnización superior por estar así prevista en la normativa específica que sea de aplicación, particularmente en el convenio colectivo que sea aplicable a la empresa usuaria. Se trata así de garantizar la igualdad de trato también en este aspecto[22], de forma que el trabajador cedido reciba la misma indemnización que si hubiese sido contratado directamente por la empresa usuaria.

La segunda modificación introducida por la reforma de 2010 en el art. 11.2 de la LETT se refiere a la posibilidad de prorratear la indemnización durante la vigencia del contrato. Aunque tampoco aquí se trata de una reforma de gran alcance en la realidad práctica, puesto que esta posibilidad de prorrateo de la indemnización ya se contempla en el art. 47 del V Convenio Colectivo de ETT.

Es importante destacar, además, la influencia que haya podido tener sobre el uso de las ETT el progresivo incremento de las indemnizaciones por finalización de los contratos temporales directos prevista en el art. 1.5 y 7 de la Ley 35/2010, que modifican el art. 49.1,c ET y añaden una nueva Disposición Transitoria 13ª ET. Conforme a dicha regulación esta indemnización pasa de 8 a 12 días de salario por año de servicio (llegando al máximo de 12 días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir de 1 de enero de 2015), equiparándose así a la establecida para las ETT en el art. 11.2 LETT, que había sido enormemente criticada desde el sector de las ETT considerando que al ser –antes de esta reforma- más alta constituía un "sobrecoste" para las ETT que repercutía en su posición competitiva en el mercado, especialmente frente a las llamadas "empresas multiservicios".

Finalmente, la Disp. Final tercera de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, delimitó el derecho a esta indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición "en los mismos supuestos a que hace referencia el

[21] Valdés De La Vega, B.: *Las empresas de trabajo temporal*, Granada, Editorial Comares, 2001, págs. 110 y sigs.

[22] Calderón Pastor, F.J.: "Las Empresas de Trabajo Temporal tras la Ley 35/2010 de Reforma del Mercado de Trabajo", en Revista de Información Laboral (Jurisprudencia), nº 8/2010, pág. 9.

artículo 49.1.c) ET". Ello supone, por tanto, que no existe derecho a esta indemnización en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos (incluidos estos últimos entre los supuestos de contratos de puesta a disposición por la misma Ley 11/2013). De forma que se amplían las posibilidades de contratación de trabajadores por ETT para ser cedidos a supuestos hasta ahora excluidos por la propia naturaleza y finalidad del contrato –su carácter formativo a través del trabajo o de puesta en práctica de la formación previamente recibida- manteniendo al tiempo menores derechos para estos trabajadores que para los demás trabajadores contratados temporalmente. Se equipara de nuevo los supuestos de contratación temporal de trabajadores a través de las ETT respecto a la contratación temporal directa por las empresas. Probablemente el objeto de esta nueva regulación sea, además de seguir en la línea potenciadora de las ETT, incentivar la contratación de trabajadores jóvenes a través de la vía, aún más precaria, de las ETT.

4.3. Protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia y de los menores y principio de no discriminación

El desarrollo del principio de igualdad, que se incorporó en la regulación legal de las ETT a través de la reforma del art. 11 de la Ley 14/1994 por la Ley 35/2010, se extiende también a las disposiciones aplicables a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas en la empresa usuaria para combatir la discriminaciones por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual. Se traspone con ello, de forma casi literal, el art. 5.1 de la Directiva 2008.

Esta manifestación del principio de igualdad de trato está formulada de manera muy amplia: Por una parte, se extiende en general a todas las "disposiciones" relativas a esta materia que se apliquen en la empresa usuaria; por lo que, bajo ese término, habrán de entenderse comprendidas, por tanto, las disposiciones legales y reglamentarias y las disposiciones convencionales. Por otra parte, se refiere a disposiciones relativas a la "protección" de las mujeres embarazadas y en período de lactancia y de menores, debiendo entenderse también aquí en sentido amplio (puesto que la norma no concreta el ámbito material de la misma), tanto en el ámbito laboral, como preventivo, o de seguridad social.

La Directiva 2008 busca también garantizar una mayor presencia del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y de la prohibición de discriminaciones en el ámbito de las ETT, reiterando esta previsión específica en el art. 5.1 de la misma. Previsión que se incorpora igualmente al actual art. 11.1 de la LETT. Es una previsión importante para enfatizar la aplicación de estos princi-

pios en el ámbito de las complejas relaciones triangulares que se producen entre la ETT, la empresa usuaria y el trabajador desplazado. Pero, en cualquier caso, la aplicación de estos principios de igualdad de trato y de no discriminación ya vienen exigidos por el art. 14 CE, el art. 17 ET, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La Disp. Adic. 1ª del V Convenio Colectivo Estatal de ETT también contiene una previsión relativa a la igualdad de género.

4.4. Beneficios sociales y acceso al empleo y a la formación

En el marco de la relación laboral –y como tal sujeta a normas laborales (cap. IV LETT- con la empresa usuaria (aunque formalizada contractualmente con la ETT), los trabajadores cedidos "en préstamo" a título lucrativo tienen atribuidos determinados derechos frente a la empresa usuaria. Derechos que la Directiva 2008/104/CE parece reforzar. Así, el art. 6 reconoce tenuemente un derecho de "Acceso al empleo" en la empresa usuaria (art. 6.1); y también el derecho de acceder a las instalaciones o a los servicios comunes de la empresa usuaria, en particular los servicios de comedor, guardería y transporte, en la mismas condiciones que los trabajadores empleados directamente por la empresa usuaria, a menos que concurran razones objetivas que justifiquen un trato diferente (art. 6.4) y a la formación profesional (art. 6.5).

Ahora bien, de nuevo aquí su alcance es relativamente limitado, ya que algunos de ellos ya están reconocidos en nuestro ordenamiento (aunque tiene el efecto de garantizar su "estabilización" jurídico-política) y respecto a otros solamente establece posibilidades abiertas a los Estados miembros pero sin llegar a regular obligaciones para los mismos. En general, puede indicarse que el objetivo de estas medidas es dual: por un lado, se trata de favorecer el papel de las ETT como mecanismo de "colocación" en la empresa usuaria (de inserción más estable en el mercado de trabajo); y por otro, lograr una mayor integración del trabajador cedido en la empresa usuaria (tanto en relación al acceso a los servicios sociales como a las actividades formativas).

En primer lugar, el derecho de los trabajadores cedidos al disfrute de los servicios sociales de la empresa usuaria, que prevé el art. 6.4 de la Directiva, estaba también en cierta medida reconocido en el art. 17.2 ETT ("tendrán derecho a la utilización de transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición"), y el propio art. 14.2 del V Convenio ETT añade la utilización de comedores, cafeterías, servicios médicos, etc., corroborando la interpretación de que el enunciado del precepto legal es meramente ejemplificativo y no taxativo. No obstante, en este punto la Directiva parece ser más amplia y, en cualquier caso, la Ley 35/2010 modificó este art.

17.2 LETT, para introducir una mayor concreción de estos derechos, estableciendo que los trabajadores cedidos por las ETT tendrán derecho a la utilización de los servicios de transporte, de comedor, de guardería y otros servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria.

En segundo lugar, la Directiva, con la finalidad de mejorar la calidad de este trabajo temporal establece la obligación de informar a los trabajadores cedidos de los puestos vacantes existentes en la empresa usuaria a fin de garantizarles las mismas oportunidades que los demás trabajadores de dicha empresa usuaria de obtener empleo indefinido. Esta información podrá ser facilitada mediante un anuncio general expuesto en un lugar adecuado en la empresa usuaria. La finalidad de la Directiva es aquí potenciar que el trabajador cedido pueda acceder a un trabajo fijo, de más "calidad" por tanto, en la empresa usuaria una vez finalizado el contrato de puesta a disposición. Aunque no sea su finalidad específica, el período en "misión" podría actuar en la práctica como período de prueba en la empresa usuaria para una posterior contratación laboral del trabajador por la misma. La norma también establece que las ETT no podrán exigir a los trabajadores el pago de honorarios, en especial a cambio de haber gestionado su contratación por una empresa usuaria o por la celebración de contratos de trabajo o la concertación de relaciones laborales con la empresa usuaria una vez finalizada una misión en la misma.

Para su transposición, la Ley 35/2010 añadió un nuevo apartado 3 al art. 17 LETT que recoge esta obligación en los mismos términos previstos en la Directiva. Además, en la Directiva se obliga a los Estados miembros a adoptar medidas para que las cláusulas que prohíban o traten de impedir la formalización de un contrato de trabajo entre la empresa usuaria y el trabajador cedido, tras la finalización de su puesta a disposición, sean nulas (supuesto ya regulado en nuestro ordenamiento a través del art. 7.3 LETT). No se especifica, sin embargo, cuál debe ser el momento adecuado de dicha comunicación, ni el ámbito, nivel y tipo de puesto que debe ser comunicado, por lo que debe interpretarse que la obligación afecta a cualquier vacante, con independencia de su naturaleza temporal o indefinida, del centro de trabajo en que la misma se produzca o de su encuadramiento profesional[23].

En tercer lugar, la Ley 35/2010 añadió también un nuevo apartado 4 al art. 17 de la LETT (introducido en la tramitación parlamentaria de la Ley ya que no aparecía inicialmente en el RDL 10/2010) por el que se establece que "Mediante

[23] Calvo Gallego y Rodríguez-Piñero Royo: "La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal", en Relaciones Laborales, nº 21-22. Especial monográfico "Reforma laboral 2010", pág. 182

la negociación colectiva se adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias".

Su origen está en el art. 6.5 de la Directiva 2008 que establece que "Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas o promoverán el diálogo entre los interlocutores sociales, de conformidad con sus tradiciones y prácticas nacionales, con vistas a: a) mejorar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación y a los servicios de guardería infantil en las empresas de trabajo temporal, incluso durante los períodos comprendidos entre las misiones, a fin de promover el desarrollo de su carrera profesional y su aptitud para el empleo; b) mejorar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias". El nuevo apartado 4 del art. 17 de la LETT lleva a cabo solamente la transposición del segundo punto del art. 6.5 de la Directiva. Además, dentro de las opciones que la norma comunitaria permite, el legislador ha optado por diferir su regulación a la negociación colectiva, en lugar de regular legalmente obligaciones específicas de las empresas usuarias para garantizar que los trabajadores cedidos accedan a la formación disponible para sus propios trabajadores.

Respecto al acceso de los trabajadores cedidos a la formación en la ETT (incluidos los períodos comprendidos entre las misiones, a fin de promover el desarrollo de su carrera y empleabilidad), objeto del primer punto del art. 6.5 de la Directiva 2008, se trata de una obligación que pese a su reiterado incumplimiento, también se recoge en la LETT. La LETT (art. 12.2) establece, en efecto, que la ETT queda también obligada a proporcionar formación adecuada a los trabajadores en misión, imponiéndole la obligación de destinar anualmente el 1 por ciento de la masa salarial bruta a la formación de estos trabajadores (incrementado en un 0'25 por ciento por el art. 49 V CC de ETT) y establece una obligación de formación específica en materia de prevención de riesgos laborales (art. 12.3 LETT). Tanto la temporalidad de la relación (la inmediatez en la cesión) como el hecho de que los trabajadores son cedidos para cubrir necesidades heterogéneas en las empresas usuarias hacen dificultoso el cumplimiento del deber formativo en este sector. La regulación sectorial se limita a la mejora de la cantidad a invertir pero sin regular aspectos organizativos de la misma como los tiempos de formación o las garantías de cumplimiento. Estas obligaciones se complementan con la nulidad de toda cláusula del contrato de trabajo que obliga al trabajador a pagar a la ETT cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación, cuya contravención conllevaría la nulidad parcial del contrato (art. 9.1 ET) y la comisión de una infracción social de carácter grave [art. 18.2 e) LISOS]. Probablemente hubiera sido importante que a través de la reforma llevada a cabo por la Ley 35/2010 se hubiese realizado una transposición más exacta de la norma comunitaria.

Finalmente, como consecuencia de la ampliación de los supuestos del contrato de puesta a disposición para incluir los contratos para la formación y el aprendizaje, la Ley 11/2013 ha introducido un nuevo apartado 3 bis en el art. 12 LETT, por el cual "Las empresas de trabajo temporal que celebren contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias deberán cumplir las obligaciones en materia formativa establecidas en el artículo 11.2 del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo". La ETT deberá, así, garantizar en estos casos que el trabajador reciba la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje directamente en un centro formativo conforme a lo dispuesto en la Disp. Adic. 5ª de la LO 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación profesional, previamente reconocido por el Sistema Nacional de Empleo, salvo que reciba dicha formación en la propia empresa cuando ésta disponga de las instalaciones y el personal adecuado.

No obstante, el cumplimiento de estas obligaciones formativas en este particular supuesto de relación triangular puede ser problemática. El apartado 3.bis del art. 12 LETT atribuye esta obligación a la ETT, no a la empresa usuaria, por lo que, o se lleva a cabo mediante la financiación por la ETT de dicha formación dentro de los centros formativos de la red oficial o, si se hace dentro de las instalaciones de la propia empresa usuaria (cuando las tenga), la ETT deberá asumir el coste de la misma. En cualquier caso, el art. 11.2 ET establece que la actividad laboral desempeñada en la empresa –que en este caso va a ser la empresa usuaria- por el trabajador contratado para la formación y el aprendizaje deberá estar relacionada con las actividades formativas.

CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UNA CONTINUA ANOMALÍA JURÍDICA, ¿GERENCIALMENTE ÚTIL?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaen

"Es preciso, para la mayor amplitud posible en las investigaciones, tener conocimiento, en su conjunto de nuestras…tradiciones sobre el punto controvertido, y sacar, con sinceridad y desinterés, la corriente claramente dominante…en la práctica"

F. Gény. *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*
(Comares. 2000. p. 366)

1. La constante crítica que las organizaciones internacionales más solventes (OIT, OCDE) vienen realizando, al notable y notorio uso y abuso de la contratación temporal en España[1], hallaría recientemente su advertencia institucional más grave en el ámbito público. A raíz de una "carta de emplazamiento" enviada por la Comisión Europea al Gobierno de España, en la primavera de 2015, quedaba completamente al desnudo la profunda anomalía de gestión que, a lo largo del tiempo, habría ido acumulando nuestro sistema normativo y nuestra experiencia de empleo público temporal, tanto en el sector de la contratación (laboral) como en el de los nombramientos (estatutario), contrariando gravemente los mandatos y el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE, sobre contratación de duración determinada. Con ella, la Comisión advertía al Gobierno español de situarse en la antesala de un recurso por incumplimiento ex art. 258 TFUE ante una situación ya insostenible, por lo que mejor se "tomaba en serio" el modelo normativo de preferencia por la estabilidad consagrado por la Directiva. Un modelo comunitario de estabilidad vivamente contrastante con la realidad nacional de un empleo público precarizado que el Estatuto Básico (EBEP, 2007), lejos de atajar, coadyuvo a consolidar, e incluso a desarrollar, ahondando reformas legales posteriores esta desviación (ej. art. 10 EBEP).

Sus efectos han sido, hasta ahora, vanos. De la evolución burocrática bruselense, por lo que al sujeto institucional requirente se trata, nada se sabe, y de la respuesta del requerido, ni tan siquiera el "tsunami comunitario" experimentado, apenas año y medio más tarde, en el otoño de 2016, el empleo público temporal español, a consecuencia de la "trilogía sísmica de sentencias" del TJUE [14 de septiembre de 2016: Diego Porras (C-596/14), Pérez López (C-16/15) y Martínez Andrés (C-184/15)], supondrá el urgido y necesario cambio legal, global y profundo. Peor aún. De un lado, como es conocido, la "Comisión de Expertos" creada (noviembre 2017), de forma tripartita, para alentar una reflexionada reforma legislativa respecto del impacto de este juicio de reprobación comunitaria -análogo al que representó para la legislación hipotecaria las sentencias comunitarias que critican la desprotección nacional de los deudores hipotecarios-, si bien sólo para el derecho indemnizatorio por terminación de los contratos temporales, resultó un completo fiasco, devorada por la propia confrontación de partida entre los distintos puntos de vista. De otro, más recientemente, el legislador presupuestario 2017 (Ley 3/2017, LPGE/2017), vuelve a "recalentar" un sistema de empleo público, ya en estado de ebullición, con diversas disposiciones "extravagantes" (adicionales 26ª y 34ª), poco reflexivas -pese al arduo debate parlamentario- y contradictorias, que intensifican la perplejidad del jurista, pues agrava los problemas que dice querer resolver.

[1] Vid. en el marco de la OIT: Informe *Perspectivas sociales y del Empleo en el Mundo. Tendencias 2016.* Disponible http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_443505.pdf

La primera (DA 26ª LPGE/2017) trata de realizar un objetivo más político-ideológico que de gestión: la reversión de los servicios públicos a la gestión directa por las entidades administrativas, que un día privatizó a través de su gestión indirecta. Para ello, pareciera "querer poder" prohibir su encuadramiento en algún tipo y/o clase de empleado público ex art. 8 EBEP -laboral: fijo, temporal, indefinido no fijo; estatutario-: "*Con… vigencia indefinida, las AAPP… no podrán considerar como empleados públicos…, ni podrán incorporar en dicha condición…*" al personal revertido ni al integrado mediante subrogación[2], aunque sí "*serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas…*" (Uno, in fine). Esta norma tiene el carácter de básica, por lo que se aplica a todas las AAPP (Apartado 3).

Por su parte, la segunda (DA 34ª[3]) también refleja una prohibición legislativa, aparentemente coherente para una política de gestión racionalizada del empleo público temporal, pero, como veremos, irrealista: las AAPP *"no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal…*, *salvo [otra* previsión superflua, pues la Administración está vinculada al Derecho, y éste lo declara el juez[4]] *cuando… se derive de una resolución judicial"*. De este modo, el legislador parecería apostar por un modelo de garantías fuertes y preventivas frente a la práctica actual de abuso extendido de la contratación laboral temporal en el empleo público, de modo que ahora sí estará dispuesta a exigir responsabilidades por ello[5], atribuyendo una *obligación específica* de velar "*para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal* que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo"[6].

---

[2] Particularmente, incluye a dos colectivos: a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, *incluido el rescate*, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos y b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales *que vayan a integrarse en una Administración Pública*.

[3] También tiene vigencia indefinida y se dicta al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad (Apartado Cinco)

[4] Es evidente que una vez firme la declaración judicial de una relación indefinida no fija, la Administración empleadora no puede verse impelida por una Ley a sostener lo contrario, porque quebraría el mandato del art. 24 CE, deviniendo inconstitucional tal Ley. En todo caso, la desaparición de la reclamación administrativa previa sería una dificultad añadida a esta posibilidad de auto-tutela.

[5] "Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas"

[6] "Las Administraciones Públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de

Una vez más, la inicial inquietud y acción legislativa para reorientar, en sentido más racional, una caótica y desnaturalizada experiencia práctica de gestión pública, será sólo aparente, agravando realmente el problema de fondo. En el primer caso, la ley añade más leña al fuego, engendrando *un nuevo tipo híbrido de vínculo ocupacional* con un empleador público-administrativo*: empleado laboral subrogado -sea temporal sea indefinido- de la Administración no público.* Aunque no falten juristas, de los dos lados, administrativistas y laboralistas[7]), que asumirían con normalidad un "*tertium genus*" más, el dislate legal no puede ser mayor y su anomalía jurídica más desmedida. En el segundo caso, no sólo se hace una remisión prácticamente en blanco a normas autonómicas de responsabilidad de los funcionarios que propicien irregularidades de contratación laboral sino que resulta un brindis al sol, por la sencilla razón de que tales normativas específica apenas existen y, en cualquier caso, nunca se han aplicado.

2. Cierto, no es ninguna novedad. Vuelve a llover sobre mojado y el legislador tornará, una y otra vez, a tropezar sobre la misma piedra, añadiendo más problemas que soluciones, con constantes "huidas" y "saltos hacia adelante". El escenario jurídico se vería abocado a una constante suerte de "acusaciones cruzadas". El legislador actuaría en un contexto jurisprudencial orientado por la imprevisibilidad de las decisiones y por un constante vaivén a la hora de afrontar los problemas más característicos, como serían los relativos al estatuto jurídico de quienes son contratados abusivamente. Por su parte, la jurisprudencia lamentaría el persistente silencio legislativo, que en nada le ayudaría a resolver un tema tan espinoso como la tensión entre la norma laboral (que preferencia la estabilidad) y la norma administrativa (que prohibiría estabilizar a nadie que no haya superado las pruebas de acceso por mérito, capacidad y publicidad)[8]. La invención de la

---

criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal".

[7] Cfr. L. LÓPEZ CUMBRE. "*Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo públic*o". Revista Galega de Dereito Social -2ª ET-, n. 3, 2017, pp. 145-147.

[8] Absolutamente "canónica", en este sentido, es la posición reflejada por la STSJ de Castilla La Mancha de 20 de diciembre de 2013, Rec. 304/2012 (a propósito de una subrogación en las relaciones laborales entre una Diputación y un Municipio en la que, de oficio, se aplica el artículo 44 ET a un conjunto de trabajadores indefinidos no fijos). Para negar tal potestad de auto-tutela declarativa, recordará ortodoxamente el maniqueo ley laboral-ley pública:

"El ordenamiento laboral parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. El ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que…son… una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. Mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo…".

figura del "*personal laboral indefinido no fijo*" habría sido exclusivamente una salida provisional y de emergencia, más de ingeniería que de coherencia, a aquel conflicto.

No obstante, podría pensarse que, "*a más revuelto se mantenga el río, mayor sería la ganancia de pescadores*", aunque en cada época distinta la posición de pescador sea asumida por una parte u otra del contrato de trabajo. Cuando el art. 8.2 EBEP enriquecía la clasificación de personal de empleo público pasando de una ordenación de dúo (laboral fijo y laboral temporal) a otra de trío (fijo, indefinido o temporal), frente a la dual estatutaria (funcionarios de carrera y de empleo -a su vez divida en funcionarios interinos y personal eventual-), dio carta de naturaleza a una figura de origen irregular y litigioso cuya atipicidad jurídica dejaba una amplísima libertad de gestión pública (no sólo podía amortizar o proveer la plaza a voluntad, sino que, en ningún caso, en ese tiempo, daría lugar a indemnización). El artículo 11 EBEP actualizaba -y así se mantuvo hasta 2014- para el empleo público temporal este genuino sueño empresarial: reconocer un contrato de trabajo de (prácticamente) libre y (totalmente) gratuita extinción.

Da igual, a este respecto, que la relación indefinida no fija legalmente recibida, pero nunca regulada, sólo nominada, se configure dogmáticamente como *modalidad de contrato de trabajo* caracterizada por su duración de interinidad indefinida -como nos parece apunta el art. 11.1 EBEP-, o como una genuina "*relación laboral"* -indefinida no fija-, identificando más *un nuevo tipo de trabajador de empleo público* (indefinido no fijo) que de tipo contractual -como pareciera más coherente conceptualmente[9]-. Lo que realmente importa es que el legislador identificaba un camino legal para regularizar, sin coste añadido alguno, su "pecado original" de contratación (el abuso o fraude), de forma que dejaba sin sanción, al menos contractual, tal uso desviado de sus potestades, en este caso de contratación. Naturalmente, ante tan fragante "privilegio administrativo", no muy alejado de la histórica figura de la "cesantía", magistralmente inmortalizada en una de las obras cumbre de la literatura española (Episodios Nacionales, de Pérez Galdós), era cuestión de (poco) tiempo que creciera y se multiplicara a lo largo y ancho de todos los empleadores público-administrativos, de forma que, como luego se evidenciará de la forma más sucinta posible, el EBEP estaba abriendo el camino para el *descubrimiento de "nuevos yacimientos de empleos públicos indefinidos no fijos",* inicialmente sólo de *naturaleza laboral*, pero, pocos años después, *también funcionariales*…

[9] "No hay, por tanto una modalidad específicamente regulada, sino un estatus de la relación laboral». Vid. J. Gorelli Hernández. «La extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo: el difícil equilibrio entre intereses laborales y de derecho público». En Trabajo y Derecho, n. 10/2015, pp. 19-39.

Un punto de inflexión pareció representar la rectificación jurisprudencial que se produjo en el bienio 2013-2014. En efecto, si bien resultaba nítido -era de las pocas cosas a las que podría aplicarse tal calificativo- que el EBEP establece una clasificación ternaria y, por lo tanto, un tipo de relación excluye a la otra (el fijo no puede ser ni indefinido ni temporal; el indefinido no puede ser fijo, en tanto no acceda por los sistemas selectivos, pero tampoco temporal; el temporal no puede ser ni fijo ni indefinido), el TS mantuvo la hibridación o mestizaje de la figura hasta prácticamente hoy, equiparándolos continuamente a los trabajadores públicos temporales. Por eso, la figura del "*personal interino por vacante*" habría sido un "compañero de viaje" continuo del "personal indefinido no fijo", es decir, personal temporal pero de duración indeterminada ("*interinos indefinidos*")[10]. Lo que explicaría la gratuidad de la eventual extinción, por una vía, la amortización, u otra, la provisión reglamentaria, de ambos.

Así, levantado el "velo contractual de la temporalidad" y desnudado el "verdadero sustrato" de un empleo público permanente, el trabajador "inocente" del acto de abuso quedaba a expensas de la estricta voluntad del empleador que ha actuado con abuso de derecho. Aquél, pagará el citado "pecado original" (no entró por el sistema de selección legal), éste, en cambio, mantiene intactas sus opciones (amortizar o cubrir reglamentariamente). A la profunda irracionalidad jurídica de esta jurisprudencia -errática e inicua, por más que se presentarse como un grandísimo triunfo de la justicia social sobre el rigorismo administrativo-, se sumó una extremada inequidad. En el buscado equilibrio entre "leyes" en conflicto -las del "más débil" (trabajador) y las del "más fuerte" (empleador público)-, se inclinó la balanza a favor del lado administrativo (teóricamente valedor máximo del interés general), liberando de todo coste público los ceses de estos trabajadores, con lo que quedaban en peor situación incluso que quienes extinguían sus contratos lícitos por obra o servicio determinado.

Pero la célebre STS, 4ª, de 24 de junio de 2014, Rec. 217/2013 (amortización de 156 plazas de interinos de una Universidad pública), seguida de la STS 8 de julio de 2014, RCUD 2693/2013 (indefinidos no fijos) pondrá coto parcial a esta injusticia, amén de incorrección jurídica, identificando el cese por amortización -de unos y otros- como extinción ex art. 51 o 52 ET y, en consecuencia, protegido con sus efectos (sea de procedimiento sea indemnizatorio). Pero los indefinidos no fijos continuaban con su "sambenito" particular y mantenían su condición de temporales. Años después, la STS, 4ª, 4 de febrero 2016, RCUD 2638/2015) rati-

[10] Vid., por todos, M. MIÑARRO YANINI. "*Empleo público y contratos de «indeterinos*»: De la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal". CEF-Revista de Trabajo y Seguridad Social, n. 384 (marzo 2015), pp. 15 y ss. Para el plano del principio de no discriminación y sus desmentidos en este ámbito, muy interesante el estudio de M. R. VALLECILLO GÁMEZ. "*El personal indefinido no fijo y el principio comunitario de igualdad y no discriminación: entre tradición y renovación*". CEF- Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 404 (noviembre 2016), pp. 15 y ss.

ficará esta concepción de los "contratos del personal indefinido no fijo" como de "*naturaleza temporal y…sujetos a una duración determinada*". Completamente vacua para un cambio de suerte sería la DA 20ª ET, que autorizaba el despido colectivo del personal laboral, estableciendo una clara preferencia del fijo sobre el indefinido y confirmando la continuidad de su "maldición judicial"

Habrá que esperar a nuevos "bailes interpretativos" del Alto Tribunal, para completar este camino de corrección de la anomalía jurídico-monetaria, la gratuidad del cese. Precisamente, la polémica STS, 4ª, de 28 de marzo de 2017 (RCUD 1664/2015) parece haber cerrado el círculo, incluyendo la indemnización también para el cese por cobertura reglamentaria de la vacante.

En un contexto de profunda incertidumbre en la doctrina de suplicación social, con disparidad de criterios, el TS, rectificándose una vez más, unificará el criterio asumiendo el derecho indemnizatorio ampliado de 20 días de salario por año de servicio prestado, llegando a la misma solución que la célebre sentencia "De Diego Porras" -que hoy ha vuelto de nuevo al diván del TJUE, con la cuestión prejudicial planteada por el TS-, pero sin mencionarla. Sorprendentemente, para dar cierto fuste conceptual a su criterio, considerará que los trabajadores indefinidos no fijos ya no serían de naturaleza temporal, pese a lo sostenido durante más de dos décadas. Aunque combina argumentos conceptuales, dogmáticos y normativos con otros de política judicial del Derecho, creo que realmente el mayor peso de la decisión está en este último, lo que no deja de ser inquietante. Entre los primeros:

- El personal indefinido no fijo no sería equiparable al temporal, abriendo así una brecha con el personal interino por vacante, al que mantenía equiparado su última doctrina (STS 24 de junio 2014, RCUD 217/2013)
- La cobertura reglamentaria de la plaza, aunque no implica despido objeto ex art. 52 ET, sí que puede asemejarse a la resolución objetivada por causa empresarial
- porque el origen de la figura del personal indefinido no fijo reside en un uso desviado o abusivo de la contratación (aunque no contradice realmente, pues el origen es ese, sí ignora toda la posterior evolución, legislativa y jurisprudencial, que otorga calificación análoga en otros supuestos muy diferentes, tal y como prevé con carácter general el art. 11 EBEP -subrogación empresarial por reversión de servicios públicos; superación del plazo máximo de contratación previsto por la ley, etc.-)
- porque ameritan de mayor indemnización: "al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49.1 c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, ***parece necesario*** reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida

> para la terminación de los contratos temporales, ***pues el vacío normativo al respecto no justifica****, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo*"

A la vista de los -extremada, y sorprendentemente pobres- argumentos jurídicos del TS, la última razón de esta ampliación del derecho indemnizatorio es de pura política jurídica. Si el reconocimiento de esta indemnización acudiendo a la doctrina "de Diego Porras" sería significativamente incierto jurídicamente, aunque tendría asidero razonable, atendiendo a que se trata de extinción contractual objetivada de contratos temporales -según el propio TJUE-, hacerlo fuera de ella es incomprensible y genera una inseguridad máxima. Más aún. El TS reconoce que el legislador no la contempla, sino que calla. Ahora bien, interpreta su silencio no como elocuente -excluido de la voluntad reguladora equitativa- sino como laguna, a integrar por el juez, atendiendo a la analogía (en este caso no al principio de no discriminación).

La rectificación no puede dejar de causar perplejidad máxima. No, insisto, porque no tenga razones de coherencia, conceptual y legal, que la justifique, sino por la incapacidad del TS para aportarlas, apelando a su convicción de que hay que ofrecer una mayor tutela (reflejo de un paradigma de justicialismo de ocasión). La imprevisión de las decisiones jurisprudenciales han alcanzado su máximo nivel en este ámbito, y la inseguridad jurídica se desboca a cada paso que se desborda el tipo contractual acreedor del derecho indemnizatorio máximo por estricta decisión judicial. A mi juicio, el problema no está en que no exista un criterio conceptual e interpretativo razonable y coherente que pueda justificar la evolución, sino en que el TS haya renunciado, por activa o por pasiva, a encontrarlo, por lo que está contribuyendo notablemente a la actual "situación de absoluto colapso interpretativo"[11]. Insisto, no porque el ordenamiento, aun sin la necesaria reforma legal no lo permita, sino por la incapacidad -o desidia- jurisprudencial para hallarlo. En todo caso, el cambio de doctrina del TS sobre la naturaleza jurídica de los indefinidos no fijos (que habrían dejado de ser ya contratos temporales), configuraría un más sombrío escenario, porque podría quedar fuera de la Directiva 1999/70, de mantener el TJUE su posición inicial al respecto sobre el carácter temporal y, en virtud de él, su reconducción al ámbito aplicativo de la Directiva. La posterior STS, 4ª, de 30 de marzo 2017, Rec. 961/2015 (Ayuntamiento de Los Barrios) vuelve al carácter temporal de esta figura de personal. ¿Son "galgos" o son "podencos"?

[11] Coincido en este diagnóstico, no así en los argumentos, de I. BELTRÁN DE HEREDIA. "*TS: Indemnización de 20 días a cobertura reglamentaria de indefinido no fijo (sin aplicar Diego Porras*)". http://ignasibeltran.com/2017/04/07/ts-indemnizacion-de-20-dias-a-cobertura-reglamentaria-de-indefinido-no-fijo-sin-aplicar-diego-porras/

3. Pero si esotérica y vaporosa es la jurisprudencia social en la materia, inquietante sigue siendo la incapacidad legislativa para proveer de una regulación más clarificadora y racional. Una y otra vez, como se ha evidenciado ut supra, el legislador incurre en regulaciones parciales, extremadamente contradictorias y de escasa, si no nula, eficacia, con el enorme coste de intensificar la incoherencia del ordenamiento jurídico, ahora en relación al Derecho de la UE, claramente prevalente. Por supuesto, el legislador siempre ha mostrado su preocupación por la progresiva elevación de costes de gestión extintiva que ha venido realizando la jurisprudencia en el cuatrienio 2014-2017. No sorprenderá, pues, que sea esta cuestión económica la (única) que "ocupara" la atención legal, a impulso gubernamental, dejando de lado cualquier otra necesidad de racionalización del sistema de empleo público temporal, agravada por una experiencia altamente viciada. De ahí el protagonismo de la legislación de presupuestos estatales.

Antes de volver con algún detalle más a las perturbaciones creadas por la citada de 2017, merece la pena detenerse mínimamente sobre la nueva anomalía de gestión que supuso la reforma del art. 10 EBEP. Actuando más que como sujeto racionalizador y clarificador como un auténtico "pirómano", alimentando "nuevos fuegos" en el empleo público, ahora en el sector estatutario, el legislador presupuestario para 2015 reaccionó al cambio jurisprudencial ampliando la figura del funcionario interino, delimitada ya con gran laxitud en el texto originario del art. 10 EBEP. En vez de ofrecer nuevos argumentos para recuperar la razón y el sentido del límite perdidos (hoy vivimos una situación que excede de toda razón y sentido), aminorando el crecimiento descontrolado de los indefinidos no fijos, a favor de la cobertura estructural de las plazas de este tipo, apostará por una nueva "huida hacia adelante" en el EBEP. Como evidenciara la mejor doctrina[12], este precepto conforma una figura de "*funcionario interino trinitaria*", esto es, reúne en uno solo tres modalidades contractuales laborales (cobertura provisional de vacante o sustitución -interinidad estricta-, para ejecución de programas de carácter temporal no superiores a 3 años, ampliables un año por Ley de Función Pública -obra-, para afrontar excesos o acumulaciones de tareas durante un máximo de 6 meses en un periodo máximo de un año-eventual-). De este modo, como la reciente experiencia en sede judicial acredita, el legislador abonaba el camino para la, emergida en 2016-2017, a raíz de la sentencia Pérez López, doctrina de los "*funcionarios interinos indefinidos*".

Cuando menos paradójica "huida del Derecho Laboral" esta que contamina el "Derecho Administrativo" con lo más criticable de aquél, autorizando que constituyan objeto de una misma figura las prácticas desplegadas en la aplicación

[12] Vid. M.M. Miñarro Yanini. "Empleo público y contratos de «indeterinos»: De la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal". CEF-Revista de Trabajo y Seguridad Social, n. 384 (marzo 2015)

de las tres modalidades contractuales que más relaciones indefinidas no fijas han cultivado o abonado en estos años (interinidad, obra y eventualidad)[13]. Pareciera revivir aquella idea de que "si no puedes con tu enemigo, únete a él", intercambiando en realidad una figura anómala, el indefinido laboral no fijo, fruto de una desmesurada práctica de contratación abusiva, en otra no menos anómala, incluso más, como la del "funcionario interino indefinido (no fijo)". Aunque la suerte de esta figura está ahora en manos del TS, Sala 3ª (ATS, Sala 3ª, de 30 de mayo 2017, Rec. 785/2017, que admite el recurso contra la STSJ País Vasco, Sala C-A, 12 de diciembre 2016[14]), parece claro que, sea cual sea, al final, la solución al abuso del empleo público temporal estatutario, equiparada o no a la del abuso en el empleo público temporal laboral, es el propio legislador el que alimenta, en vez de corregir, tales usos desviados.

4. En definitiva, la política de contratación temporal misma de las AAPP aparece cada vez más como un inagotable semillero de personal indefinido no fijo, que descubre a cada paso "nuevos yacimientos de empleo temporal indefinido", sin que el legislador trate de ponerle coto de una forma racional y coherente, reflexiva, sino con medidas de carácter parcial e improvisado que, aparentando querer corregir la práctica de raíz, sólo la perpetuaría. En este sentido, ya apuntamos como el legislador presupuestario de 2017 ha privado a la Administración del privilegio (poderes que el ordenamiento jurídico le otorga colocándola en una situación desigual y superior respecto de los administrados que con ella se relacionan) de auto-tutela declarativa en esta materia[15]. La citada DA 34ª LPGE/2017 excluye una "*oportunidad de auto-enmienda de pecado original*" masivo al empleador público-administrativo que ha abusado de la contratación laboral temporal.

Ciertamente, con antelación a esta previsión legislativa, ni la doctrina -judicial y científica- ni la práctica, resultaban pacíficas o lineales. De modo que,

[13] Critica que este artículo abre la puerta al "*azote de una plaga de programas de carácter temporal ejecutados cíclicamente por funcionarios interinos*" J. F. LÓPEZ PÉREZ. "*¿Qué hacer con el trabajador indefinido sí fijo de las administraciones públicas?".* Diario LA LEY, nº 8988, de 26 de mayo de 2017

[14] Dilucidará dos cuestiones

1ª. Si, constatada una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 EMPE, la única solución jurídica aplicable es la conversión del personal estatutario eventual en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien si cabe afirmar que en existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos.

2ª. Al margen de esta cuestión, si el afectado por la el abuso de los nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento.

[15] Tampoco podría hacerlo con la llamada potestad de auto-tutela reduplicativa o "de segunda potencia", que se suma a la declarativa y a la ejecutiva, y que se articularía a través de la reclamación administrativa previa, hoy desaparecida en virtud de la nueva Ley 39/2015.

existiendo tantas razones a favor como en contra de tal potestad de auto-tutela declarativa en tales casos, que permitiría evitar los costes de la multiplicación de los procesos a tal fin, máxime cuando se producen de forma masiva, lo que no es infrecuente[16], las distintas fuentes de habían pronunciado en un sentido y el contrario, ante las crecientes prácticas de entes municipales en los que, bien a instancias de la ITSS o bien motu propio (Planes de Empleo, acuerdos plenarios, resoluciones de órganos unipersonales), se ha decidido declarar de oficio dicha situación. En el ámbito judicial, no faltan sentencias que sí admitían tal práctica, por razones pragmáticas (STSJ Cataluña, Sala contencioso-administrativa, de 19 de febrero de 2014, Rec. 170/2013). Otras parecen rechazarlo -ponen por encima la prevalencia sacrosanta del Derecho administrativo, como si los imperativos de las leyes laborales no fuesen expresión también del principio de legalidad, y hoy incluso de conformidad comunitaria-. A su entender, la autocorrección de prácticas irregulares masivas con la potestad de auto-tutela por quien, con abuso de derecho, provocó dicha situación significaría, poco menos, que aceptar -incluso alentar- la impunidad frente a eventuales delitos de prevaricación[17].

La opción legislativo-presupuestaria se inclina por prohibir *el ejercicio efectivo en este caso de la potestad administrativa de auto-tutela declarativa*. No parecen muy serias las razones que avalarían esta rígida posición legislativa, sólo excepcionada, como es lógico, cuando media declaración judicial

A diferencia de las relaciones de trabajo en la empresa privada, en que la conversión supone la fijeza -siempre relativa, claro, por el modelo de tutela no

[16] Parafraseando la conocida canción de Joaquín Sabina, también "nos sobran los motivos" o argumentos, ahora de Derecho administrativo, para rechazar esa potestad de auto-enmienda de una acción fraudulenta (prohibición de ir contra los propios actos sin seguir el procedimiento de revisión de oficio, la doctrina de los actos separables aplicada al contrato laboral, en cuanto que la administración dicta un acto novatorio de los contratos, convirtiéndolos en otros distintos; razones de equidad y justicia impedirían otorgar la faculta de regularizar a quien como la administración pública provocó la situación con abuso del derecho). El problema es que estos obstáculos a la auto-declaración por la administración pública de una relación laboral indefinida cuando procediera hacerlo, si fueran franqueables, estarían dando la bienvenida a una nueva especie de personal laboral de la administración atípico.

[17] Así lo expresó la STSJ, Sala contencioso-administrativa, de Galicia de 12 de junio de 2014, Rec. 48/2014, que conoce de la actuación, en fraude de Ley de una Administración, con el propósito de conseguir esa situación de indefinido no fijo y que no dudó en calificar como posible delito de prevaricación, dados los informes negativos emitidos por el Secretario y el Interventor de dicho Ayuntamiento. De ahí, que se considere por cierto sector de la doctrina administrativista, que tal potestad incurriría en tal caso en "nulidad de pleno derecho, al modificar un término esencial del contrato de trabajo como es el plazo, sin haber seguido dichos actos el procedimiento legalmente establecido para la selección de personal temporal y, consiguiente sujeción, a los principios de publicidad, mérito y capacidad". Cfr. F. CASTILLO. "*Pueden los ayuntamientos declarar al personal laboral en la condición de indefinido no fijo?*", 4 de mayo de 2016. Disponible en: http://www.acalsl.com/blog/2016/05/pueden-los-ayuntamientos-declarar-al-personal-laboral-en-la-condicion-de-indefinido-no-fijo.

real sino monetaria- de la relación de trabajo, en las AAPP, en cambio, la conversión en indefinido es pura fase intermedia, transitoria, provisional, porque la meta final no debería ser, en coherencia jurídica, más que la fijeza, que sólo es posible a través de los sistemas legales de selección (art. 61.º.7.º del EBEP)[18]. Tanta extensión textual ¿evidencia que ahora sí va en serio el legislador en su deber de asegurar un uso correcto de la normativa de contratación laboral -y estatutaria, aunque aquí no se contemple expresamente- de personal, a fin de prevenir eficazmente los abusos del empleo temporal ("irregularidades de contratación")? La interpretación conjunta con otra DA previa, ya comentada, la DA 26ª (limitaciones en la incorporación de personal laboral), así parece sugerirlo; pero la realidad, como se dijo, es bien diferente, la opuesta.

En su virtud, salvo que se esté en cumplimiento de sentencia -en cuyo caso no computarán como personal de nuevo ingreso- o medie procedimiento formalizado de selección, ya vimos que el legislador quiere excluir que engrosen la nómina de los "empleados públicos" para el personal subrogado que contempla. Pero si ha de respetar en todo caso la normativa comunitaria y nacional, que exige su integración, y no puede, en cambio, clasificarlos como empleados públicos ¿entonces, en cualidad de qué se les incorpora? Como evidenciara, cierto no sin alguna ambigüedad, la Sala 3ª del TS, S. 17 de febrero 2016, Rec. 3944/2014, en relación a la subrogación de personal tras el proceso, sin duda largo y atormentado, de reestructuración del sector público andaluz

"Que la subrogación del nuevo empleador en la situación jurídica que ostentaba el anterior en sus contratos de trabajo no es una innovación normativa,

[18] Como se ha observado con visión práctica, esta diferencia "invita a pensar que, en general, el camino de la regularización no será emprendido más que a iniciativa de las propias administraciones públicas. Al trabajador le interesa la fijeza, de ahí que la búsqueda de la irregularidad de su contratación temporal sólo la emprendería si se viera ante la inmediatez de la extinción". Vid. Vid. José Fermín LÓPEZ PÉREZ. "¿Qué hacer con el trabajador indefinido sí fijo de las administraciones públicas?". En Diario La Ley, Nº 8988, Sección Doctrina, 26 de Mayo de 2017Rechaza esa facultad de regularización autónoma de la Administración pública que incurriera en abuso F. CASTILLO BLANCO. «¿*Pueden los ayuntamientos declarar al personal laboral en la condición de indefinido no fijo*?». www.acalsl.com/blog, 4 de mayo de 2016. A su juicio, en virtud del principio de legalidad, así como de la doctrina de los actos propios y de los actos separables, la actuación del Ayuntamiento declarando la situación de indefinido no fijo, "y por tanto convirtiendo el contrato originario en otro contrato distinto, supone un acto novatorio de dichos contratos, modificándolos, al menos, en cuanto a uno de sus elementos esenciales, como es la duración del mismo; modificación que, al suponer una ampliación del objeto del contrato, tiene carácter esencial de conformidad con lo previsto en el artículo 105 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público….". Pero no falta jurisprudencia, como se ha dicho, que considera que se trata de novación, no de una nueva contratación, y en estricto cumplimiento de la ley (en el caso, la DA 15.ª, 1 ET () , o que «no estamos ante nuevas contrataciones de personal, sino ante la modificación de la naturaleza jurídica de las mismas al convertir en indefinidos unos contratos temporales» (STS, 4ª, 3 de febrero 2015, Rec. 37/2014)

sino un aplicación de la regulación de la sucesión de empresas contenida en la normativa laboral general (artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores); y esta última regulación, claramente dirigida a favorecer la estabilidad laboral, no está alejada del designio de pleno empleo que incorpora el artículo 40.1 CE como principio rector de política social.

(…)

No es ilegal porque, por un lado está amparado en lo que establece la Ley 1/2011…y, por otro, es coherente con lo establecido en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Tampoco es…arbitrario…porque pretende cohonestar la nueva configuración del sector público de Andalucía…con la estabilidad en el empleo de quienes ya la tenían como personal laboral en las entidades…que resultan extinguidas…; y porque *la integración no supone ningún plus adicional al "status" laboral que antes poseía el personal integrado,* al quedar circunscrita…a la Agencia que ha sucedido en su actividad a las entidades…, *y no permitir a dicho personal pasar por vías excepcionales a la Administración Pública…*" (FJ Quinto)

El legislador toma como referencia aquí la jurisprudencia, como ya hiciera en relación a los indefinidos no fijos. El problema está en que esa jurisprudencia es ambigua, rechazando la Sala 3ª calificar la situación de esos trabajadores subrogados -quizás porque no es propio de su competencia-.

Esto es, aparecería como una suerte de técnica de "*congelación del estatus laboral*" de este personal -conviene recordar que son miles- en el seno de un "empleador público-administrativo", esto es, una suerte de nueva categoría de "*personal público con estatus laboral permanente congelado*". En fin, los dislates no pueden ser ya más y más intensos. O quizás sí… La jurisprudencia social es más clara, estableciendo la naturaleza indefinida no fija, cuando así deriva de los compromisos convencionales de aplicación de normas legales (STS, 4ª, 3 de febrero 2015, Rec. 37/2014).

Una vez más, buscando resolver un problema, se genera otro y más grave. Si teníamos poca dificultad con encuadrar a los indefinidos no fijos -que crecen más allá del origen en sentencia, como ha sucedido con los procesos de integración de entes instrumentales en muchas AAAPP de índole territorial-, ahora el problema se acreciente, porque aparece otra categoría que ni tan siquiera sería ya "*empleado público*". Pero ¿qué hacemos entonces con el art. 8 del EBEP, y su art. 11, que sí les da esa condición?

En todo caso, se comprueba, por enésima vez, como una mirada comunitaria a las materias hasta ahora analizadas o comprendidas solo desde la óptica interna,

cambian de una forma profunda, exigiendo revisiones extensas e intensas del razonar de los juristas. Miradas renovadoras que también deberían facilitar decisiones estratégicas de ajuste a las mismas por parte de todos los sujetos afectados con capacidad o poder suficiente para hacerlo efectivo, sin reducirlo a la autoridad del Estado -legislativa o pública-, de modo que la vigencia erga omnes de los derechos fundamentales y los principios del Derecho de la Unión adquieran una vida real en los sistemas.

5. La cuestión nodal reside en que esta mirada crítica desde el Derecho de la UE no es elegible para ninguna fuente ordenadora de las relaciones de empleo temporal dentro del sector público-administrativo ni para ningún gestor ni para ningún operador jurídico. En realidad, si se analiza con esta mirada estrictamente jurídica, exigida de una serena reflexión, lo más desapasionada y partidaria posible[19], lo que hace el TJUE a través de las referida trilogía sísmica de sentencias comunitarias es reconocer blanco sobre negro lo que ya todos sabíamos y constataba el Informe de la OIT con que comenzamos este trabajo en homenaje, sin duda merecido, al profesor Francisco Prados. A saber:

1) De un lado, no sería lícito, desde el principio de igualdad de trato consagrado en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada -pacto colectivo y social, pues-, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, *legitimar usos de la contratación temporal*, *aún lícitos*, *que revelan un desplazamiento normalizado* e institucionalizado -ya que lo permite la legislación y la jurisprudencia que la interpreta-, *del trabajo indefinido por el temporal*, *sin respetar las condiciones de trabajo asociadas a aquél* -que es figura prevalente en la Directiva-, incluidas las condiciones de empleo, como la indemnización de ruptura.

2) De otro, que *tampoco es legítimo desde el Derecho de la UE tratar las prácticas de utilización abusiva del empleo público administrativo* (sistema de nombramientos) *de forma diferente a cómo se hace para el uso fraudulento de la contratación pública temporal laboral*, exigiéndose análogas cautelas preventivas -limitación del encadenamiento, causalidad rigurosa- y sanciones disuasorias y efectivas (como la de calificar la relación de trabajo temporal abusiva como "indefinida no fija").

3) Finalmente, hay una tercera conclusión que deriva de esta jurisprudencia europea. En efecto, si en una experiencia nacional las prácticas de contratación temporal son habituales, *no será fácil, a menudo, diferenciar entre usos lícitos e*

[19] Muy sintomático es este titular: "*El TJUE se ensaña con la contratación temporal en la administración española*". En http://www.lawandtrends.com/noticias/laboral/el-tjue-se-ensana-con-la-contratacion-temporal-en.html

ilícitos. Por lo tanto, esto hará menos justificable establecer, por vía legal, diferencias radicales de trato con las "*situaciones de trabajo indefinido comparables*". El ejemplo más claro lo hallamos en el caso litigioso más célebre de esta "trilogía jurisprudencial europea": el "caso de Diego Porras". En él, como recordaremos, una trabajadora estuvo contratada como interina nada menos que casi 10 años. Lamentablemente, una situación tan anómala jurídicamente está normalizada -no digo generalizada- en la práctica nacional, que lo ve "normal". Pero no lo es en absoluto, y es esta desviado hábito el que, desde Luxemburgo, denuncia el TJUE, en los tres casos.

Estas tres decisiones "rompedoras" de *nuestro sistema normativo* de empleo temporal público no desvelarían sino *la grave anomalía de* su práctica, también con la complicidad de una legislación generosa con las mismas -ejemplo: artículo 49. 1 c) ET- y una jurisprudencia muy laxa en su control de adecuación al principio de no discriminación. Un principio que no sólo es comunitario, sino que, como recoge expresamente, para transponer aquél, en el art. 15.6 ET. No son desde luego las únicas. De gran interés, en un sector específico de contratación laboral pública, como el universitario, será la sentencia *Marquez Samohano.* Aunque esta sentencia comunitaria es anterior al "huracán" provocado por las anteriores, incide en análoga reprobación

Su significativo impacto acaba de ponerse de relieve de forma reciente. Como se apuntaba, tras algún intento fallido -en el que el TS acudió al exigente juicio de contradicción para eludir su responsabilidad unificadora: ATS 4 de mayo de 2016-, esta función correctora y clarificadora ha sido abordada por la STS 473/2017, de 1 junio, RCUD 2890/2015. Se trata del caso de un profesor asociado (del Departamento de Escultura de la Facultad de Bellas Artes de la Universidad de Barcelona) contratado de forma ininterrumpida una década (2003-2013), si bien en virtud de diversas modalidades (asociado; colaborador a tiempo completo y lector a tiempo completo -en las Universidades catalanas se trata de una figura prevista en su ley y que equivale a la de profesor ayudante doctor-). Este profesor -no suele ser habitual- impartió las mismas asignaturas troncales y complementarias en todo su extenso proceso de vinculación.

La STSJ Cataluña 22 mayo 2015, Rec. 1663/15, consideró nulo este contrato, por falta absoluta de los requisitos exigidos por la Ley para celebrarlo, revocando la sentencia de instancia social que había declarado improcedente el despido: *los profesores asociados son, por definición legal, temporales, por lo que su contratación irregular daría lugar a la nulidad del contrato y no a la indefinición del vínculo laboral*. En cambio, en un caso análogo para la Sala de casación social, la STSJ Madrid 12 diciembre 2014, Rec. 713/2014, la calificación fue de improcedencia, revocando la sentencia de instancia que, sin embargo, lo estimó legítimo.

La profunda contradicción judicial está servida, con lo que será el momento propicio para la decisión de unificación de doctrina patria, solventando las dudas inicialmente creadas al respecto por los exigentes requisitos del juicio de contradicción ex art. 269 LRJS[20]. Pues bien, el criterio unificador, fue calificar la situación de "trabajador indefinido no fijo", lo que lleva a la declaración del despido como improcedente y, en consecuencia, a la correspondiente opción del empleador universitario por readmitir o indemnizar.

No obstante, sería importante tener muy en cuenta los matices introducidos por el TS atendiendo al carácter eminentemente casuístico del problema. En concreto, se pone el acento en la siguiente situación fáctica (FJ Segundo, punto 1):

- no había quedado acreditado que el demandante realizara una actividad profesional ajena a la Universidad cuando fue contratado como asociado
- consta acreditado que el actor impartió siempre las mismas asignaturas troncales necesarias para el plan de estudio obedeciendo su contratación a una necesidad permanente de la demandada
- los profesores demandantes llevaban bastante tiempo prestando servicios docentes mediante varios contratos temporales previstos en la normativa universitaria que se venían sucediendo en el tiempo sin solución de continuidad y sin que en ninguno de los casos pudiera comprobarse que las necesidades docentes estuvieran relacionadas con la actividad específica que la normativa universitaria tiene establecida para cada modalidad contractual utilizada

En primer lugar, parte de recordar que, pese a lo que pudiera parecer para la experiencia española desde hace décadas, la regla general sigue siendo, en el empleo laboral privado y en el público, "la fijeza de las relaciones laborales" (FJ 3º, punto 1). Para corroborarlo con carácter general y apelando a la doctrina del TJUE reciente, trae a colación la "sentencia Pérez López" (STJUE de 14 de sep-

[20] Para una interesante pugna jurídica, en el seno del propio TS, en torno al margen de flexibilidad que tiene la Sala para suavizar o no esos requisitos, vid. la STS 356/2017, de abril, en relación a la petición de una trabajadora del cobro de la pensión de incapacidad permanente total y, a la vez, prestar servicios como policía local en segunda actividad, sin que, por tanto, tenga que "darse de baja" (o "cesar") definitivamente en el Ayuntamiento de Benidorm, y con efectos económicos desde que se reasentó en segunda actividad. Pues bien, para el fundado voto particular: "Más bien parece, que lo que es relevante para la mayoría de la Sala, es la "necesidad" de establecer una nueva doctrina, al margen de la identidad de las controversias, lo que resulta contrario a la doctrina "clásica" de esta Sala sobre la contradicción, contenida en tan gran número de sentencias que hacen ociosa su concreta cita. Dicho esto, para sostener la posición que mantuve en la deliberación, me congratulo de que, aun si expresarlo, la posición mayoritaria opte por dar esta "flexibilidad" al requisito de la contradicción, a los efectos de establecer la doctrina que se estima correcta, contrariamente a lo que venía manteniendo en casos análogos (véase al respecto la reciente sentencia del Pleno de 22 de febrero de 2017 RCUD 1746/2015) y su voto particular".

tiembre de 2016, asunto C-16/2015). Como ya se evidenció más arriba, en ella se recordaba la prohibición comunitaria de renovar contratos temporales para cubrir necesidades -en este caso del sector sanitario, también específico- que, de hecho, no tengan carácter provisional, sino estable. El sector universitario no debe ser ninguna excepción en relación a tal preferencia por "la relación indefinida" (la Sala utiliza aquí indistintamente "fijeza" e "indefinición", lo que no es exacto en el empleo público, como acredita la -muy inquietante- multiplicación de trabajadores "indefinidos pero no fijos" en el empleo público), que sería también "la forma normal de prestación de servicios en cuanto a su duración…", sin perjuicio, claro está, de las figuras de contratación de profesorado laboral temporal que autoriza la normativa de este sector específicamente, amén de las comunes.

Naturalmente, "el recurso a las modalidades específicamente universitarias… y las contratos temporales comunes, cuando resulten de aplicación, únicamente podrán ser utilizadas en los casos, durante los períodos y para las necesidades previstas legalmente; no siendo el ámbito universitario un espacio inmune al cumplimiento de la normativa comunitaria y española sobre contratación temporal y las consecuencias de una utilización indebida de la misma" (FJ Tercero, punto 3). En definitiva "la sala quiere poner de relieve…que en el ámbito de la docencia universitaria la contratación temporal es posible en los supuestos previstos en la ley, incluso para atender necesidades permanentes, siempre que tales contrataciones respondan a los fines e intereses protegidos por la norma legal que habilita la correspondiente contratación temporal, *bien sea por razones ligadas a la necesaria relación entre la realidad práctica y profesional con la formación de los alumnos*, *bien a exigencias conectadas a la promoción y formación del docente,* o *a cualquier otra finalidad legalmente establecida*" (FJ 3º, punto 1º, in fine).

Para corroborar esta presunción de legitimidad del uso universitario del contrato de profesor asociado trae a colación la sentencia *Márquez Samohano*. Sintetiza sus argumentos sin realizar ninguna conclusión reductiva de los mismos (FJ Cuarto), limitándolos a dos, como sí hará la segunda sentencia de unificación a la que luego referiremos.

En segundo lugar, y remarcando esta dimensión finalista para evaluar su legitimidad, descarta que pueda darse una situación de nulidad del contrato de trabajo ex art. 9.2 ET. Para ello trae su doctrina consolidada sobre el fraude de ley cuando se utiliza una modalidad contractual para un fin desviado respecto del perseguido por su regulación (FJ Quinto, punto 1). Rechaza, de este modo, la tesis de la sala catalana que reconduce la anomalía contractual del profesor asociado hacia la figura de los vicios esenciales del contrato.

Consecuentemente, recuerda que hay automáticamente una conversión en indefinido (o, en el caso de las Administraciones Públicas como es el supuesto

aquí contemplado, en indefinido no fijo) de forma que la extinción empresarial basada en el finalización del supuesto carácter temporal del vínculo contractual determinará que sea calificada como despido improcedente (FJ Quinto, pun 2). La doctrina del TS es más correcta técnicamente que la de la sala de suplicación

En tercer lugar, precisa que, dado este carácter finalista del tipo contractual afectado, el de profesorado asociado universitario, "no sólo se deberá acreditar el desempeño de una actividad profesional distinta a la universitaria, sino también, que ésta guarde relación directa con las actividades docentes fijadas en la convocatoria y que, a su vez, se haya desempeñado durante un lapso de tiempo más o menos amplio que le confiera al candidato la condición de «profesional de reconocido prestigio»". La falta de prueba de estos presupuestos legales hará que devenga abusiva la contratación temporal:

"Nos encontramos sin duda ante una sucesión de contratos de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, naturaleza que no está justificada a efectos de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo Marco puesto que no pueden utilizarse para el desempeño permanente y duradero, aun a tiempo parcial, de tareas docentes incluidas normalmente en la actividad del personal docente permanente *y que, además, están alejadas de la configuración finalista de los propios contratos utilizados lo que revela la infracción de las normas que regulan dicho tipo de contratos*" (FJ 6).

Por lo tanto, condena a la Universidad a las graves y problemáticas consecuencias que de ello deriva. O bien la creación de una "*plaza estable*", por ser indefinida la relación, aún "no fija" -en caso de readmisión-, lo que abre interesantes interrogantes, en parte planteados ya al analizar la jurisprudencia más reciente en torno a la eterna problemática de los trabajadores indefinidos no fijos, ya legión. O, en cambio, de una "sanción económica" -en caso de optar por la indemnización-.

6. El análisis podría continuar, porque la expuesta y criticada anomalía jurídica de la contratación temporal laboral en las AAPP es una llama que no cesa. Bastaría para su confirmación una referencia al recientísimo Real Decreto-Ley 14/2017, de 6 de octubre, que ha dado una "solución de urgencia" e improvisada, como siempre, al gravísimo problema de decenas de personal investigador de élite que hubiera quedado en la calle, al transcurrir el periodo máximo de contratación previsto. Chapuza tras chapuza. Pero ya no es tiempo de chapuzas, ni de anclaje en la tradición, ni de soluciones de compromiso (indefinidos no fijos, hoy legión y con fundamentos diversos), sino de soluciones auténticas, reflexionadas, completas y coherentes. Y esas sólo el legislador, en el marco del Diálogo Social, puede darlas.

A tal fin, las tradicionales distancias entre la "solución laboral" y la "solución administrativa" deberían ceder -como y se impone el concepto unitario de trabajador a los efectos de protección de la Directiva, sin relevancia de la naturaleza jurídica, laboral o estatutaria, del vínculo[21]-, e imponerse, de forma dialogada y pactada, otras modernas, en las que la profesionalidad, la eficiencia, junto a la estabilidad en el empleo, sean los valores jurídicos dominantes, frente a las persistentes tentaciones de luchas corporativas entre sectores jurídicos y sus cultores. Pero esa es ya otra historia, que confiemos sea de mucha mayor eficacia y garantías. La que aquí quería recontarles y actualizarle termina y con ello hago de nuevo expreso mi más sentida satisfacción por participar en el libro que homenajea la brillante carrera del profesor Francisco Prados de Reyes, persona que fue importante en los orígenes de mi carrera y a la que deseo todos los parabienes en esta nueva etapa vital, sin duda conspicua y fructífera, que ahora emprende con motivo de su jubilación.

[21] Vid. *STSJ Galicia, 402/2017, de 19 de julio*, que hace una breve, pero ilustrativa, síntesis de la doctrina jurisprudencial del TJUE al respecto, con especial referencia a la STJUE de 26 de marzo de 2015 (C-316/2013, caso Fenoll): "En efecto, en el concepto comunitario de trabajador no se diferencia entre la relación jurídica privada existente entre un empresario privado y su empleado, y la que deriva de la relación de empleo público, por lo que es uniforme cuando tiene que aplicarlo la jurisdicción social y la contencioso-administrativa, constituyendo de ese modo un relevante factor de convergencia, y a la vez, dentro de los empleados públicos, se considera ajena al Derecho europeo la distinción entre funcionarios, estatutarios y laborales" (FJ 3ª). Aunque en el caso, no apreció "abuso o irregularidad en la prolongación de los nombramientos en favor de la actora como interina en la Fiscalía Provincial de A Coruña, de modo que la dilación tuvo como única causa la duración del complejo proceso hasta la cobertura de la plaza por la funcionaria de carrera que la obtuvo en el concurso".

EL PERSONAL INTERINO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LAS DIFICULTADES PARA AVANZAR EN LA RACIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO

Mª TERESA DÍAZ AZNARTE

Profesora T.U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. CUESTIONES PREVIAS. ¿OTRO MODELO ES POSIBLE? LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PUNTO DE MIRA.
2. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANTE LA CONTRATACIÓN LABORAL. LAS DISFUNCIONES DEL MODELO DUAL DE EMPLEO PÚBLICO.
3. CONTRATACIÓN TEMPORAL EN FRAUDE DE LEY Y ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL PERSONAL LABORAL INDEFINIDO NO FIJO.
4. LA INTERINIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. RÉGIMEN JURÍDICO.

1. CUESTIONES PREVIAS. ¿OTRO MODELO ES POSIBLE? LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PUNTO DE MIRA

La incursión en un tema clásico, que ha sido desde hace décadas objeto de profundas revisiones tanto doctrinales como jurisprudenciales, produce sentimientos encontrados. Por un lado, decepción y tristeza, al comprobar que bien entrado el siglo XXI, nuestro Ordenamiento jurídico continua sin ofrecer una solución medianamente satisfactoria al problema, lamentablemente generalizado, del abuso de la contratación temporal en el empleo público. Por otro, hay que reconocer que los últimos pronunciamientos judiciales han generado estupor y sorpresa, pues no es en absoluto arriesgado afirmar que pocos esperábamos la vuelta de tuerca que el TJUE estaba a punto de dar en relación a la materia que nos ocupa, provocando que nuestros Tribunales hayan emprendido una suerte de huida hacia delante que nos sitúa en un escenario de gran incertidumbre jurídica. Finalmente, y tal vez sea esto lo más grave, sería deshonesto ignorar que a todos nos embarga una dosis nada despreciable de pesimismo y desaliento si nos planteamos seriamente las posibilidades de que a corto o medio plazo, el legislador tome cartas en el asunto y ofrezca una solución satisfactoria a esta cuestión.

El punto de partida no es novedoso. Resulta incuestionable que en nuestro país necesitamos efectuar una revisión en profundidad de los postulados político-jurídicos que sustentan la contratación temporal en la Administración pública. Esa es una de las pocas certezas a las que nos podemos aferrar en el momento presente. Pero no hay nada nuevo bajo el sol. La utilización abusiva de los contratos de duración determinada, desgraciadamente, constituye una de las señas de identidad de nuestro mercado de trabajo[1], afecta tanto al sector privado como al público y a pesar de los consabidos intentos (al menos formales) del legislador por atajar el mal, los resultados han sido muy pobres. Los datos objetivos no mienten, y nuestro país continúa ocupando un lugar destacado en el contexto europeo en lo que a temporalidad se refiere.

A pesar de todo lo expuesto, no podemos ni debemos claudicar ante esta tozuda realidad. Concretamente, por lo que al sector público se refiere, resulta obligado poner encima de la mesa de debate cuestiones de gran calado. Por un lado, es imprescindible reflexionar sobre el sistema de acceso al empleo público, ya que nos encontramos frente a una compleja normativa que partiendo de lo

[1] En nuestro Ordenamiento jurídico, en materia de contratación temporal, se ha venido produciendo lo que la doctrina denominó "el declive de la causalidad", en el contexto de permanente flexibilización de las reglas ordenadoras del mercado de trabajo. *Vid.* Prados De Reyes, F.J.: "Aspectos de la reforma laboral en materia de contratación temporal", *Temas Laborales,* núm. 38, 1996, pág. 12.

preceptuado por la Constitución española, pretende conciliar lo dispuesto por la legislación administrativa y la laboral. Labor enormemente complicada, salpicada de un relevante elenco de problemas a los que el legislador y la jurisprudencia vienen intentando ofrecer soluciones con resultados dispares. La existencia de un importante colectivo de personas que desean prestar servicios para las Administraciones públicas, debería propiciar procesos de selección racionales, eficaces y eficientes, lo cual redundaría en la elección del personal mejor cualificado para prestar servicios públicos. En este sentido se manifestó el Tribunal Constitucional en la STC 281/1993, de 27 de septiembre, declarando que "La Administración no sólo tiene vedada la discriminación sino que debe procurar la mayor igualdad, lo que impide la contratación discrecional y exige la concurrencia de razones objetivas y suficientemente motivadas para la selección o designación de personal". Esta doctrina constitucional ha sido reiterada por las SSTC 86/2004 y 87/2004. Sin embargo, todavía se proyectan demasiadas sombras sobre los procesos selectivos, cuya compatibilidad con el art. 23. 2 CE y el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad al empleo público continúa en el centro del debate político-jurídico.

La selección de personal en el ámbito de las Administraciones Públicas, constituye un elemento esencial de cara al cumplimiento de los principios constitucionales y legales que hemos venido mencionando. La calidad de los servicios públicos se encuentra directamente vinculada a la configuración de un sistema de selección de los empleados públicos que cumpla las garantías consagradas en los arts. 14, 23.2, 103.3 CE. Se trata de una materia a la que el legislador ha prestado una atención específica en las sucesivas reformas que ha experimentado la normativa reguladora del empleo público en nuestro país. Las irregularidades de los procesos de selección ha quedado puesta de manifiesto de manera fehaciente, tanto en sede judicial como doctrinal, llegando a señalarse incluso por la Comisión EBEP como uno de los problemas centrales que la nueva norma estaba llamada a solventar.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional constituye un punto de referencia obligado en relación a esta materia. La relevante STC 111/2014, de 26 de junio, reitera la doctrina recopilada por la STC 130/2009, de 1 de junio, en torno al art. 23.2 CE. En su Fundamento Jurídico Segundo, establece que "Con respecto al art. 23.2 CE existe una consolidada doctrina de este Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 9, y 30/208, de 25 de febrero, FJ 6) según la cual lo que el citado precepto consagra es un derecho de configuración legal, de tal modo que compete establecer las condiciones de acceso a la función pública con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE) al legislador, correspondiendo a éste la decisión sobre los distintos requisitos y condiciones para el acceso a la función pública que han de reunir los candidatos. De esta forma la Constitución española reserva a la ley la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho establecido en su art. 23.2, lo que

entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser la condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, los cuales sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador. Además, el art. 23.2 en relación con el art. 103.3 CE, instituye un derecho de acceso en condiciones de igualdad, al que se opone la integración automática de determinados grupos en la función pública (STC 302/1993, de 21 de octubre), así como en principio y salvo excepciones, las llamadas "pruebas restringidas" para el acceso a la función pública (SSTC 27/1991, de 14 de febrero, 151/1992, de 19 de octubre, 4/1993, de 14 de enero, 60/1994, de 28 de febrero, 16/1998, de 26 de enero o 12/1999, de 11 de febrero)".

El acceso al empleo público, debe partir del análisis de dos actos previos: la planificación de los recursos humanos y la oferta de empleo público. En relación al primero de los actos mencionados, cabe destacar que el art. 69 TREBEP vincula la planificación de los recursos humanos en el ámbito de las Administraciones Públicas al cumplimiento de dos importantes objetivos: la eficacia en la prestación de los servicios y la eficiencia en la utilización de los recursos económicos. Para alcanzar estos fines, será necesario dimensionar de manera adecuada los efectivos disponibles y ello solo será posible mediante una "mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad". Por su parte, el art. 70 TREBEP alude a la incorporación de personal de nuevo ingreso a través de la Oferta de empleo público, que es el instrumento jurídico mediante el cual "se han de gestionar las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso". Como ya hemos señalado, en los últimos años, la oferta de empleo público o lo que es lo mismo, la incorporación de nuevo personal al Sector público, se ha sometido a unas restricciones realmente desmesuradas, que las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado han recogido con diferente grado de intensidad, destacando la regulación de la denominada tasa de reposición de efectivos.

2. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANTE LA CONTRATACIÓN LABORAL. LAS DISFUNCIONES DEL MODELO DUAL DE EMPLEO PÚBLICO

El hecho de que en nuestro Ordenamiento jurídico –no somos un caso aislado, la mayoría de nuestros socios europeos comparten esta circunstancia- se permita que presten servicios para las Administraciones Públicas tanto funcionarios públicos como personal laboral, ha sido objeto de un intenso debate que no ha sido zanjado de manera definitiva y satisfactoria[2], especialmente si observamos el tema

[2] La Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 incluyó en su articulado la legalidad

desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica y a la luz de las numerosas y controvertidas resoluciones judiciales que se han venido sucediendo a lo largo de los años. La controversia, como es sabido, se ha centrado más que en la determinación de la legalidad del modelo dual de acceso al empleo público, en la naturaleza estable del vínculo contractual laboral. La STC 99/1987, de 11 de junio, constituyó un punto de inflexión al declarar expresamente la compatibilidad de este modelo dual con el texto constitucional, si bien el TC defendió en este momento que el recurso a la contratación de personal en régimen laboral debía revestir carácter excepcional, mientras que la regla general debería ser el acceso al empleo público por la vía funcionarial. Y añadía algo trascendental: corresponde al legislador ordinario delimitar qué puestos de trabajo y base a qué criterios, pueden ser ocupados por personal laboral y cuales están reservados a los funcionarios públicos. Posteriormente, la STC 37/2002, de 14 de febrero, matizó esta doctrina, permitiendo que la reserva de funciones públicas a funcionarios pudiera establecerse en base a "criterios generales", como los previstos en el art. 92.2 de la Ley de Bases del Régimen Local, precepto que alude a "la garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública". Esta doctrina del Tribunal Constitucional resulta plenamente criticable, ya que una interpretación a sensu contrario conduciría al absurdo. Todos los empleados públicos, sean funcionarios o personal laboral, deben actuar conforme a los mencionados criterios. Dicho de otro modo, la relevancia de la STC 37/2002, radica en el hecho de invertir la preferencia por la función pública que el TC había manifestado con anterioridad.

En definitiva, por lo que respecta a la prestación de servicios en el ámbito de las Administraciones Públicas, la característica es la heterogeneidad. En la actualidad, la norma de referencia es el Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que nada ha aportado en este sentido. Ni en su redacción original ni en la actualmente vigente, nos encontramos frente a una norma que dibuje los contornos de la ansiada relación laboral especial de los empleados públicos. El legislador lo expresa con claridad tanto al delimitar el objeto del TREBEP "El presente Estatuto tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación; Asimismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (art. 1) como su ámbito de aplicación "Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas (…), art. 2.1.

---

de este modelo dual de prestación de servicios para las AAPP. Posteriormente, la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, reafirmó esta posibilidad (art. 15). Tuvimos que esperar hasta 1988 para que el legislador modificase el mencionado art. 15 de la LMFFP 30/1984, introduciendo, en lo que concierne a las Administraciones autonómica y locales, relevantes restricciones para el acceso de personal laboral.

El TREBEB, en su art. 2 establece que "son empleados públicos las personas que prestan servicios en condiciones de ajeneidad y dependencia y a cambio de retribución, para las Administraciones públicas, ya sea con régimen funcionarial, ya sea con régimen laboral". Y, adicionalmente, el art. 9.2 dispone que, "En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca". Con ello, se da prácticamente carta blanca al legislador ordinario competente de desarrollar esta previsión general en el ámbito de las distintas Administraciones, para delimitar qué puestos de trabajo deber quedar reservados a los funcionarios públicos. Con ello se da cumplimiento a lo manifestado por la Comisión EBEP en su informe (2006), en el que expresaba que no se debía "prejuzgar de manera concreta qué puestos o funciones deben quedar reservados a funcionarios y cuales puedes ser desempeñados por personal laboral"[3].

Conviven así en el seno de nuestras Administraciones, funcionarios públicos, personal laboral y aquellos que formalizan con la Administración contratos de servicios en régimen administrativo. Un modelo complejo, plagado de disfunciones, hecho que repercute de manera directa en la calidad de los servicios públicos y en la percepción que la ciudadanía tiene de los mismos.

Son varios los factores que merecen ser considerados en el contexto de una aproximación crítica al tema que nos ocupa:

- La estabilidad presupuestaria se ha erigido como valor supremo en el proceso de racionalización de las Administraciones Públicas. Paralelamente, la calidad de los servicios y el cumplimiento de objetivos han sido relegados. Se parte de una premisa errónea a nuestro juicio, ya que la indiscutible necesidad racionalización de las Administraciones Públicas, se ha identificado con el adelgazamiento del colectivo de empleados públicos, prescindiendo en la práctica de otro tipo de consideraciones. Evidentemente, un verdadero proceso racionalizador va mucho más allá de las traumáticas y simplistas soluciones impuestas por el legislador[4], entre las que destacan, como es sabido, la reducción de la retribución de los empleados públicos (medida inédita en nuestro Ordenamiento jurídico hasta 2011, ya que el legislador nos tenía habituados a la congelación retributiva,

[3] Carretero Espinosa De Los Monteros, C.: "El papel del funcionario y del laboral en el nuevo diseño de la Administración Pública", *Revista Aranzadi Doctrinal, ,* núm. 11/2011 (BIB 2010/2998), págs. 5 y 6.

[4] Estas no han sido evidentemente las únicas medidas adoptadas. Pero sí las más relevantes desde la perspectiva de la reducción cuantitativa del gasto público.

pero ha dado otra vuelta de tuerca provocando una pérdida inadmisible de poder adquisitivo para este colectivo) la limitación de la tasa de reposición y las restricciones a la contratación laboral temporal (el mismo texto normativo dispone que tendrán carácter excepcional, deberán estar autorizadas y estarán limitadas a cubrir necesidades urgentes e inaplazables; y se establece una prohibición absoluta de contratación para los consorcios). Dicho de otro modo, el proceso de racionalización de las Administraciones Públicas, se ha centrado esencialmente en la reducción del gasto en el capítulo de personal.

- Es palpable la falta de coherencia que impregna el modelo dual de acceso al empleo público. Se ha venido recurriendo a la contratación en régimen laboral de una manera abusiva[5], agravándose la situación por la utilización de contratos temporales que lejos de obedecer a causas coyunturales, han venido a cubrir en numerosas ocasiones, necesidades estructurales. Esto, a la postre, ha desembocado en un elevadísimo nivel de litigiosidad. Las Administraciones Públicas han hecho uso de las múltiples y flexibles posibilidades que ofrece la legislación laboral en materia de contratación, pero primero la doctrina jurisprudencial y posteriormente el propio legislador, han arbitrado fórmulas jurídicas para evitar el acceso al empleo público con carácter estable a través de esta vía. La conversión del contrato temporal en indefinido –sin adjetivos- en los supuestos contemplados por la legislación laboral –absolutamente justificados-, no opera de manera plena cuando el empleador es una Administración pública. En nuestro Ordenamiento irrumpió, de la mano de la doctrina jurisprudencial, la controvertida figura del contrato indefinido no fijo, consagrada finamente en el EBEP (art. 11). La Disposición adicional decimoquinta de la Ley 3/2012 , de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral también ha incidido en este tema.

- Paralelamente queremos resaltar cómo la flexibilización del marco normativo laboral, ha impactado de lleno en la gestión del personal que presta sus servicios en régimen laboral para las Administraciones Públicas. La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, cuya constitucionalidad ha sido refrendada por las SSTC 119/2014 y 8/2015, contiene importantes previsiones aplicables al sector público.

En primer lugar, la Disposición adicional vigésima de la Ley 3/2012, prevé la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades

[5] Afirma la doctrina que el permanente crecimiento del empleo público ha reposado muy especialmente en el prestado en régimen laboral, subrayando el hecho de que en algunas Administraciones públicas, concretamente en las locales, el personal laboral supera notablemente al colectivo de funcionarios. Vid. Vivero Serrano, J.B. "El acceso al empleo público en régimen laboral tras el estatuto básico del empleado público: algunas luces y demasiadas sombras", REDA, núm. 143/2009 (BIB 2009/873), pág. 2.

que forman parte del sector público, que "se efectuará conforme a lo dispuesto por los arts. 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo" añadiendo que "concurren causas económicas cuando se produzca (…) una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos"[6].

En segundo lugar, debemos mencionar por su importancia cualitativa, lo dispuesto por la Disposición adicional vigésima primera de la Ley 3/2012, en virtud de la cual "lo previsto en el art. 47 de esta Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado". Ello supone prohibir el uso de la suspensión del contrato de trabajo como medida coyuntural y menos traumática ante la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La única salida en estos casos será la extinción de los contratos. El Tribunal Constitucional, en la STC 8/2015, considera que la inaplicación del art. 47 ET no vulnera la Constitución española porque no afecta al derecho de acceso, permanencia y ejercicio en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, reconocido en el art. 23.2 CE, ni tampoco a la reserva de ley en materia de función pública prevista en el art. 103.3 CE. Hacemos nuestra la posición que Valdés Dal Re defiende en el voto particular que formula a esta Sentencia: esta medida conculca los arts. 14 CE (derecho fundamental a la igualdad) y 9.3 CE (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos), dado que los motivos de la desigualdad de trato respecto a los trabajadores contratados por empresas privadas no han sido justificados debidamente[7].

[6] La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015/1583) ha declarado la ilegalidad del segundo inciso del art. 35.2 del Real Decreto 1483/2012, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, y ello por vulnerar la Disposición adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores en lo que concierne a las causas justificativas del despido colectivo en las entidades públicas o privadas contempladas en el art. 3.2 de la Ley de Contratos en el sector público, dado que existe una exigencia legal de que la insuficiencia presupuestaria sea sobrevenida y persistente. En el Fundamento Jurídico Quinto, afirma la Sala que "el simple déficit presupuestario de la Administración pública de referencia en el ejercicio anterior no implica forzosamente tal persistencia (…) Este criterio reglamentario supone una desviación del criterio legal, consistente en un dato material y sustantivo –como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados- sustituyéndolo por un dato puramente formal".

[7] Un análisis crítico de las SSTC 119/2014 y 8/2015 , en Díaz Aznarte, M.T.: "Cuando la crisis económica se convierte en un argumento jurídico. La jurisprudencia constitucional avala la reforma 2012", Revista Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 2, 2015.

La consagración de la dualidad de regímenes jurídicos ordenadores del empleo público, es un hecho desde hace décadas. Y la problemática que envuelve las relevantes diferencias de trato por parte del legislador a uno y otro colectivo, constituye igualmente un clásico. Ahora bien, la situación económica adversa se ha convertido en una coartada para acometer una serie de reformas cuya orientación político-jurídica es más que discutible. Es evidente que el objetivo de contención del gasto público está influyendo de manera notable en las decisiones del legislador. Pero lejos de aprovechar la coyuntura económica adversa para apostar decididamente por un proceso de modernización y racionalización de la gestión del empleo público –a todas luces necesario- se ha optado por la precarización del colectivo, dejando a un lado problemas endémicos del sistema. El legislador, en su afán por avanzar en la disminución del déficit público en aras a la anhelada estabilidad presupuestaria ha dirigido incisivamente la mirada hacia el capítulo de personal al servicio de las Administraciones Públicas. Efectivamente, el gasto se ha reducido, no cabía esperar otra cosa a la vista de las medidas que se han adoptado[8]. Pero ello no implica que hayamos avanzado significativamente en el proceso de racionalización de las Administraciones que va mucho más allá y que debería garantizar el mantenimiento de la calidad de los servicios públicos y el cumplimiento de los restantes objetivos marcados por la legalidad vigente[9]. El primer párrafo de la Exposición de Motivos del TREBEP se expresa de manera nítida: "El Estatuto Básico del Empleado Público establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, empezando por el de servicio a los ciudadanos y al interés general, ya que la finalidad primordial de cualquier reforma en esta materia debe ser mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración". Y no podemos perder de vista que los fundamentos de actuación del TREBEP se concretan conforme su art. 1.3 en los siguientes aspectos: servicio a los ciudadanos y a los intereses generales; igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional; some-

[8] Junto a medidas coyunturales de carácter urgente para reducir el gasto en el sector público adoptadas en 2012, el Gobierno aprobó otras de carácter estructural**,** contenidas inicialmente en los Reales Decretos-ley 3/2012 y 20/2012, y que se han recogido en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, entre las que destacan: congelación de las Ofertas de Empleo Público; limitaciones en la tasa de reposición; habilitación legal del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito de la Administración Pública, para el personal no funcionario; reducción de días de asuntos particulares y supresión de días adicionales a los días de libre disposición; modificación de las condiciones de acceso y permanencia en situación de incapacidad temporal; modificación de la edad para poder acceder a la jubilación ordinaria, elevándola de los 65 a los 67 años (con un período transitorio de 14 años para la aplicación progresiva de esta medida); extensión mínima de la jornada laboral del sector público a 37,5 horas semanales**.**

[9] "Todo ello se enmarca en un Derecho del Trabajo y un Derecho Administrativo de la emergencia que, sin embargo, está llevando a cabo cambios típicamente estructurales y no meramente transitorios", Monereo Pérez, J.L.: "Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia", *RDS,* núm. 67, 2015, pág. 15.

timiento pleno a la ley y al derecho; objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio garantizadas con la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera; eficacia en la planificación y en la gestión de los recursos humanos; desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos; transparencia, evaluación y responsabilidad en la gestión; jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas; negociación colectiva y participación a través de los representantes en la determinación de las condiciones de empleo y cooperación entre las Administraciones Públicas en la regulación y gestión del empleo público.

En los arts. 55 a 62 del TREBEP, se contienen las reglas que ordenan el acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio. El legislador, solo parcialmente acogió las recomendaciones que la Comisión para el estudio y preparación del EBEP formuló en su momento en torno a la necesidad de regular de manera unitaria el acceso al empleo público tanto de los funcionarios como del personal laboral[10]. Debemos poner de manifiesto que constituye un lugar común en la doctrina científica (señaladamente en la administrativista), destacar la ductilidad de los procesos selectivos de personal en régimen laboral, afirmándose que el acceso al empleo público se ha regido por criterios mucho más garantistas y objetivos cuando se trataba de ocupar puestos de funcionarios de carrera.

A pesar de que existía consenso en relación a la necesidad de regular de manera homogénea los procedimientos de acceso al empleo público, unificando los procedimientos de selección de personal con independencia de que se tratase de puestos reservados a funcionarios públicos o susceptibles de ser ocupados por personal laboral, el legislador –entendemos que de manera deliberada-, no introdujo esta trascendental modificación en el Estatuto Básico del Empleado Público.

En la actualidad, se constatan diferencias relevantes entre ambos colectivos, entre las cuales en este momento nos interesa destacar las siguientes:

a) Aquellas que atañen a los sistemas de selección. El concurso de méritos, sin duda el proceso selectivo más discutible y discutido, no se aplica de manera homogénea a funcionarios públicos y personal laboral. El art. 61.6 TREBEP establece que "Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación", añadiendo que "Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos. Sin embargo, cuando el legislador concreta los sistemas selectivos de personal laboral

[10] Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, INAP, Madrid, 2006, págs. 83 y ss.

fijo (art. 61.7 TREBEP), expresamente alude a la oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos. Esta diferenciación carece de una justificación objetiva y razonable y por tanto resulta absolutamente inaceptable[11].

b) La falta de concreción de los sistemas de selección del personal temporal, que se desarrollan a través de procedimientos más ágiles y, por ende, menos garantistas. En puridad, esta circunstancia –la necesidad de agilidad- es formalmente lógica. Lo que no resulta de recibo es el uso torticero que desde las AAPP se efectúa –con demasiada frecuencia- de la contratación temporal[12]. Las Administraciones Públicas recurren a la contratación temporal tanto para hacer frente a necesidades perentorias, como para cubrir puestos estructurales. Ciertamente, en un contexto de crisis como el actual y a la vista de la conformación de la oferta de empleo público, las Administraciones se ven abocadas a recurrir a cualquier fórmula que permita la incorporación de efectivos. Este hecho se ve reforzado por la circunstancia de que los puestos de trabajo temporales, no se encuentran recogidos en las relaciones de puestos de trabajo, lo cual implica esquivar un importante corsé jurídico[13]. Recordemos que, conforme al art. 74 EBEP, las RPT constituyen la herramienta mediante la cual las Administraciones Públicas estructuran su organización; el legislador, además, concreta su contenido mínimo ("la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias") y la obligatoriedad de su publicidad.

El debilitamiento de las garantías que deben gobernar cualquier sistema de selección de personal en el contexto del empleo público, despliega efectos perversos en múltiples direcciones. En primer lugar, porque la calidad de los servicios públicos se resiente si desciende el nivel de exigencia en la selección de personal. En segundo término, porque las irregularidades en el acceso al empleo público derivadas del uso fraudulento de la contratación temporal, han provocado desde hace décadas una gran litigiosidad, circunstancia que, dada su entidad,

[11] El propio legislador introdujo un matiz en el art. 61.3 EBEP, al establecer que "Los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo".

[12] Un ácido estudio sobre estas irregularidades en Alegre Nuevo, M.: "La contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Locales: ¿agencias de colocación de los afines?, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 48/2010.

[13] La Comisión EBEP, efectuó un análisis certero de esta problemática, efectuando propuestas sumamente interesantes que finalmente el legislador no acogió. Por un lado, recomendaba que los puestos de trabajo temporales, cuando ello fuese posible, figurasen en la RPT. Adicionalmente, abogaba por la implantación de una obligación para los responsables de la gestión de recursos humanos en la Administración afectada: elaborar un informe motivado para justificar los motivos de prórroga de un contrato temporal. Sin duda, ambas medidas hubiesen supuesto un reforzamiento del principio de seguridad jurídica.

debe observarse desde diferentes ópticas: por un lado, el coste político y social que conlleva para las AAPP la idea generalizada de que los procesos de selección y gestión de personal no se rigen en múltiples ocasiones por los principios constitucionales y legales; por otra parte, el desplazamiento de la responsabilidad hacia los afectados. Ha calado hondo el discurso que "culpabiliza" al empleado público que formalmente mantiene un vínculo contractual temporal prolongado, por el simple hecho de perseguir la estabilidad en su puesto de trabajo. La controversia jurídica en torno al contrato indefinido no fijo o el contrato de interinidad por vacante, será objeto de análisis en un momento posterior.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL EN FRAUDE DE LEY Y ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL PERSONAL LABORAL INDEFINIDO NO FIJO

La contratación temporal abusiva, además de constituir un grave problema para los empleados públicos si observamos la cuestión desde la perspectiva de sus más básicos intereses profesionales, despliega efectos perniciosos mucho más allá. La calidad de los servicios públicos se ve menoscabada por la utilización de modalidades contractuales que a todas luces resultan inadecuadas técnico-jurídicamente para alcanzar los objetivos que aquellos persiguen. Basta detenerse en las principales parcelas de lo público en las que la temporalidad estructural se encuentra fuertemente arraigada (Educación, Sanidad, Justicia), para extraer conclusiones sobre la magnitud del problema. Las Administraciones públicas deberían dar ejemplo y actuar de manera intachable en materia de contratación laboral, para lo cual, simplemente (o nada más y nada menos) tendrían que recurrir a las modalidades contractuales sujetas a término respetando la causalidad que preside las mismas. La temporalidad en el empleo público (al igual que sucede en el sector privado) tiene un margen de actuación plenamente justificado y es viable otro escenario.

Es precisamente en un momento tan delicado como el que estamos atravesando, cuando hay que hacer valer con todas sus consecuencias el hecho de que la Constitución consagra en su art. 1.1 que nuestro país es un Estado social y democrático de Derecho. La calidad en la prestación de los servicios públicos se encuentra ineludiblemente unida a la cláusula de Estado social y al art. 103.3 CE; la profesionalidad del personal que presta sus servicios para las distintas Administraciones es una premisa básica para alcanzar los mencionados fines constitucionales.

Sin embargo, seguimos a vueltas con la inaplazable (y sistemáticamente aplazada) reforma integral y estructural de las Administraciones Públicas. Re-

cordemos la constitución de la Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas (CORA), creada por el Acuerdo adoptado en el Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012[14], cuyo primer Informe se publica el 21 de junio de 2013[15], y contiene un elenco de medidas estratégicas en materia de empleo público[16], pendientes de implementación en su gran mayoría.

La regulación de las consecuencias jurídicas de la contratación laboral temporal en fraude de ley y el encadenamiento de contratos en el ámbito de las Administraciones Públicas, han sido objeto de una evolución jurisprudencial y legislativa tortuosa. La aplicación sin matices de la legislación laboral en estos supuestos, fue descartada esgrimiendo la incompatibilidad de los principios constitucionales consagrados en el art. 103.3 CE con el acceso como personal laboral fijo de los trabajadores contratados en fraude de ley por las AAPP o cuyos contratos temporales se hubiesen sucedido superando los límites permitidos por el ET. En definitiva, tanto la doctrina jurisprudencial como la científica –señaladamente la administrativista-, rechazaban la idea de incorporar de manera estable como empleados públicos a aquellos que habían sido contratados temporalmente como personal laboral, y ello con independencia de que las AA.PP. que actuaban como empleadores, hubiesen incumplido de manera fehaciente la normativa laboral[17].

[14] Cuya composición es la siguiente: un representante de cada uno de los Departamentos Ministeriales, con rango mínimo de Director General; un representante de la Inspección General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; un representante de la Oficina Económica de la Presidencia del Gobierno; un representante del Gabinete de la Presidencia del Gobierno; un representante del Gabinete de la Vicepresidencia del Gobierno. Organizó su trabajo a través de la creación de diferentes Subcomisiones: Duplicidades, Simplificación, Gestión de Servicios y Medios Comunes, y Administración Institucional. Paralelamente, se constituyó un Consejo Asesor en el que estuvieron representados el Defensor del Pueblo, las organizaciones empresariales y representativas de empleados públicos (CC.OO., UGT, CSIF, FEDECA, CEOE-CEPYME), el Consejo de Consumidores y Usuarios, la Asociación de Trabajadores Autónomos, el Instituto de Empresa Familiar, el Consejo Superior de Cámaras de Comercio y la Asociación Española de Empresas de Consultoría. Finalmente, se abrió un buzón de participación ciudadana para recopilar sugerencias.

[15] Ese mismo día se creó la Oficina para la ejecución de la Reforma de la Administración (OPERA) (RD 199/2012, de 23 de enero, modificado por RD 671/2014 de 1 de agosto. La mencionada Oficina debe elevar al Consejo de Ministros informes trimestrales y anuales sobre el nivel de ejecución del Informe CORA.

[16] Resulta muy llamativo el hecho de que en el Informe CORA se reconozca abiertamente y se documente con datos de la Comisión Europea (2012), el hecho de que España se sitúa entre los 10 países de la UE con menor gasto público en porcentaje de PIB (43,4%), frente a un 49,9% de media en la eurozona, y a bastante distancia de los niveles de las grandes economías de la UE, como Francia (56,6%), Alemania (45%), Reino Unido (48,5%) o Italia (50,7%). En consecuencia, analizando el nivel de ingresos y gastos públicos de nuestro país, se puede concluir que el sector público español es relativamente reducido en comparación con nuestros socios de la Unión Europea.

Adicionalmente, se ofrece un dato demoledor: desde el tercer trimestre de 2011 hasta el primer trimestre de 2013, se ha producido una reducción del empleo público en 374.800 trabajadores. En este periodo, el empleo público cayó un 11,6% frente al 7,7% en que disminuyó la ocupación en el sector privado.

[17] Y ello a pesar de que la jurisprudencia venía permitiendo un uso bastante flexible de la con-

Y así irrumpió en nuestro Ordenamiento jurídico la figura del contrato indefinido no fijo en el ámbito de las AA.PP. Solución híbrida y más que discutible desde la perspectiva técnico-jurídica, alumbrada en un primer momento por la jurisprudencia del Tribunal Supremo[18] y refrendada por el legislador en los arts. 8 y 11.1 del TREBEP, que distinguen entre personal laboral fijo de plantilla, por tiempo indefinido o temporal. Esta diferenciación despliega efectos jurídicos perversos para el trabajador objeto de la irregularidad, ya que podrá ser removido de su puesto de trabajo en el momento en el que el mismo se cubra acudiendo a los procedimientos de selección legales, regidos por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad consagrados en el art. 103.3 CE. Por tanto, la estabilidad en el empleo público se reserva a los funcionarios y al personal laboral fijo de plantilla, partiendo del presupuesto de que sólo ellos han accedido a sus puestos de trabajo respetando los procedimientos de selección previstos por el legislador[19].

A pesar de que desde la entrada en vigor del TREBEP la figura del contrato indefinido no fijo cuenta con cobertura legal en los preceptos indicados, lo cierto es que el legislador simplemente firmó el acta de rendición ante la doctrina jurisprudencial unificada emanada del Tribunal Supremo. Aceptó la existencia de esta figura, le dio carta de naturaleza, pero esquivó concretar su régimen jurídico en este texto normativo. Algo absolutamente inaceptable, ya que resultaba evidente la densa problemática que esta figura estaba llamada a suscitar, al tratarse de una herramienta extraña a tanto a disciplina iuslaboralista como al Derecho Administrativo. Lo que en puridad manifestaba el legislador al simplemente enunciar esta exótica modalidad contractual en el EBEP, era su deseo de remitir a la jurisdicción competente las múltiples controversias jurídicas que ineludiblemente se irían planteando. Porque no podemos perder de vista que el recurso al contrato indefinido no fijo ha constituido una tabla de salvación para las Administraciones que de manera flagrante incumplen la normativa laboral en materia de contra-

---

tratación temporal en las Administraciones públicas, fundamentado en razones de funcionamiento interno de la Administración o de deficiencias de ajuste entre las modalidades de contratación y las necesidades temporales de personal. De este modo, el Tribunal Supremo defendía que era más importante la existencia de causa de temporalidad y la existencia acreditada necesidad temporal de mano de obra que el uso de la modalidad adecuada (STS 22-9-1997 [RJ 1997, 6575] ; STS 3-2-1998 [RJ 1998, 1429]).

[18] Por todos, SSTS de 7 de octubre de 1996 (RJ 1997/6250), 7 de julio de 1997 (RJ 1997/6250) 20 y 21 de enero de 1998 (RJ 1998/1000 y 1998/1138), 21 de diciembre de 1998 (RJ 1999/313), 17 de enero de 2000 (RJ 2000/1992), 19 de junio de 2002 (RJ 2002/10677), 11 de diciembre de 2002 (RJ 2003/1957), entre otras.

[19] El contrato indefinido no fijo "no está sometido directa o indirectamente a un plazo, pero sin que ello sea obstáculo a que la Administración esté obligada a adoptar las medidas precisas para la provisión regular del puesto de trabajo. Y producida esta provisión en la forma que legalmente sea procedente, existirá una causa válida de extinción contractual". Monereo Pérez, J.L. "Aspectos laborales…, Op.Cit. pág. 21.

tación. En la disciplina jurídico-laboral, la conversión en indefinido (entendido como fijo de plantilla) del trabajador que ha sido objeto de una contratación en fraude de ley, posee una fundamentación sólida[20], ya que de un lado conlleva un componente sancionador para el empleador que vulnera la normativa vigente, mientras que de otro protege al sujeto que ha sido víctima de una actuación irregular mediante la cual se pretende burlar la legislación laboral.

La decisión político-jurídica del legislador, a pesar de que es evidente que se encuentra firmemente asentada, continúa siendo muy discutible. Exonerar a las AA.PP. de las consecuencias negativas de recurrir a la contratación temporal en fraude de ley, envía un mensaje equivocado a los responsables de la gestión del empleo público. Porque la conversión del trabajador en fijo de plantilla previsto en la normativa laboral, pretende desplegar un efecto disuasorio para el empleador. La regularización de la figura del contrato indefinido no fijo, alimenta justo lo contrario.

En relación a esta materia, debemos aludir a dos disposiciones normativas:

- En primer lugar, es obligada la referencia a la Disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores: Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas, que proclama la aplicación del artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contrato, ahora bien, "sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable". Añadiendo que "En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo"[21].

[20] La transformación del contrato temporal en contrato indefinido está prevista, para el supuesto de sucesión de contratos temporales con un mismo trabajador durante un plazo superior a 24 meses dentro de un periodo de 30 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, incluidas las eventuales prestaciones de servicios en la empresa en cuestión a través de contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal, así como la continuidad de la prestación de servicios en la nueva empresa tras un proceso de sucesión o subrogación empresarial, siempre con exclusión de los contratos formativos, de relevo e interinidad, y de los contratos celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación o por empresas de inserción (art. 15.5 TRET).

[21] En relación a este tema, se ha pronunciado la jurisprudencia comunitaria: STJUE 8 de septiembre de 2011, Asunto Rosado Santana, funcionario de la Junta de Andalucía (los contratos

- Por otro lado, ya hemos mencionado en este estudio a la Disposición adicional vigésima del ET: que regula la aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción[22], conforme "a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas". En relación a la novedad que introduce en nuestro Ordenamiento y las circunstancias que han de concurrir para que esta previsión normativa resulte de aplicación, nos remitimos a lo ya expuesto. Interesa destacar en este momento, que el legislador consagra la "prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto (…)", en clara alusión indirecta al indefinido no fijo, que obviamente no gozará de esta garantía[23].

La vulnerabilidad del personal laboral indefinido no fijo al servicio de la Administración, es evidente. De un lado, sobre este colectivo pende la extinción del contrato a causa de la cobertura del puesto mediante los procesos selectivos regulados por el TREBEP; a ello, se sumaría la posibilidad de extinguir el contrato en base a la concurrencia de las causas consignadas en los arts. 51 y 52 c) ET. Afortunadamente, la STS de 8 de julio de 2014 (Rec. 2693/2013) se ha pronunciado en contra de la amortización pura y simple de la plaza del indefinido no fijo, exigiendo la aplicación para este colectivo de lo previsto en la Disposición

temporales en las AAPP deben respetar el régimen general, incluidas las reglas de igualdad y no discriminación y de prevención de abusos por sucesión indebida de contratos). Exige razones justificadas y criterios objetivos y transparentes. Se abordaba la diferencia de trato entre funcionarios interinos y de carrera en el contexto de un proceso de promoción interna, en el que se exigía una antigüedad de 10 años como funcionario de carrera. Ausencia de justificación por causas objetivas. Por su parte, la STJUE de 13 de marzo de 2014 (aplicación Directiva 1999/70/CE-Acuerdo marco CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Universidad Pompeu Fabra, profesores asociados con sucesivos contratos temporales), afirma que "Aunque los contratos de trabajo de duración determinada celebrados con profesores asociados cubren una necesidad permanente de las universidades, en la medida en que el profesor asociado, en virtud de tal contrato de trabajo de duración determinada, ejecuta tareas bien definidas que forman parte de las actividades habituales de las universidades, no es menos cierto que la necesidad en materia de contratación de profesores asociados sigue siendo temporal, en la medida en que se considera que este profesor retomará su actividad profesional a tiempo completo cuando se extinga su contrato"

[22] Redacción conforme a lo dispuesto por la Disposición adicional segunda de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

[23] "En plena política de recortes, se sugiere el adelgazamiento del sector público y, con ese fin, se postula la reducción de plantillas a través de la figura del despido colectivo. Y es entonces cuando cobra especial importancia quien es quien en la plantilla del ente público". Vila Tierno, F. "Personal laboral en la administración pública: situaciones de acceso irregular y despido colectivo", *REDT,* núm. 168/2014, pág. 1 (BIB 2014/3570)

adicional vigésima del ET de cara al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público. Porque hasta este significativo cambio en la doctrina jurisprudencial, iniciado en relación al contrato de interinidad por vacante a través de la STS de 24 de junio de 2014, a la que ya hemos aludido, se consideraba ajustada a Derecho la extinción del contrato indefinido no fijo sin necesidad de acudir a lo dispuesto por los arts. 51 y 52 c) ET.

4. LA INTERINIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. RÉGIMEN JURÍDICO

4.1. La dualidad del modelo en la legislación española. La interinidad en el TREBEP (funcionarios interinos) y en el TRET (personal laboral interino)

Nuestro estudio se centra en la revisión crítica del instituto jurídico de la interinidad en el empleo público, poniendo el acento en las novedades jurisprudenciales que inesperadamente han puesto de manifiesto, más aun si cabe, que la intervención del legislador es imprescindible si aspiramos a alcanzar una cota aceptable de seguridad jurídica.

Como ya hemos señalado, las legítimas expectativas que la elaboración del nuevo –prometía ser novedoso- texto normativo ordenador de la materia objeto de estudio había suscitado, pronto se vieron frustradas tras la publicación de la Ley 7/2007, por la que se aprobó el Estatuto Básico del Empleo Público y ello a pesar de que literalmente, en su Exposición de Motivos afirmase que contenía "aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio".

Interesa reiterar en estas líneas la certera labor efectuada por la Comisión EBEP[24], que ciertamente subrayó los principales aspectos necesitados de intervención legislativa, si bien proponía soluciones dispares para solventar las deficiencias detectadas. Lamentablemente, por lo que respecta a las disfunciones que presentaba el régimen dual de prestación de servicios en el ámbito de las AAPP, el legislador perdió una excelente oportunidad para apostar definitivamente por la racionalización del sistema, supeditada sin lugar a dudas al tratamiento unitario de los empleados públicos en muchos más aspectos que los finalmente acogidos por la norma. Pero es relevante subrayar ya desde este momento, que contamos con un diagnóstico certero de los principales problemas que vamos a abordar, desde hace décadas. No cabe otra opción que aceptar que, en lo que respecta a

[24] Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, INAP, Madrid, 2006.

la intensa y delicada problemática que rodea el modelo dual de prestación de servicios en las AAPP, existe una deliberada intención por parte del legislador de perpetuar estas importantes disfunciones que, paradójicamente, son funcionales al sistema desde la óptica de la gestión flexible del personal.

Así, cualquier incursión en la figura de la interinidad en el empleo público, debe partir de la ambigüedad técnico-jurídica de la que el propio legislador no ha podido desembarazarse en este texto normativo, afirmando en la Exposición de motivos que el EBEP se erige como un Derecho común del empleo público, para inmediatamente después desdecirse al configurar su objeto y ámbito de aplicación manteniendo la dualidad de regímenes jurídicos funcionarios-personal laboral al servicio de las Administraciones públicas.

Ello nos conduce a identificar como puntos de referencia normativos, las siguientes disposiciones normativas:

En primer lugar, el art. 8.2 del TREBEP, precepto que al concretar las clases de empleados públicos, diferencia (letras b y c) entre funcionarios interinos y personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.

En segundo término, debemos aludir al art. 10 TREBEP, en el que se contiene la definición de los funcionarios interinos y las circunstancias que deben concurrir para poder recurrir a esta figura. Por un lado, el precepto alude a la necesidad de que existan "razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia", insistiendo en que la selección habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Adicionalmente, especifica los supuestos en los que puede producir el nombramiento de funcionarios interinos, subrayando que los mismos estarán llamados a realizar funciones propias de funcionarios de carrera. Las circunstancias que justifican el recurso a la interinidad en la función pública son las siguientes:

a) Existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera[25].
b) Sustitución transitoria de los titulares.
c) Ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.
d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

[25] Las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización (art. 10.4 EBEP).

El TREBEP, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, introdujo novedades reseñables en este precepto:

-En primer lugar, en su redacción original el EBEP (2007), únicamente aludía a la ejecución de programas de carácter temporal, sin más especificación. Por tanto, se modificó el tenor literal del art. 10.1.c), acotando la duración de la interinidad, que pasó a estar limitada a tres años como regla general, si bien puede ser objeto de ampliación en doce meses más si así lo dispone la normativa de desarrollo competente en la materia.

-Por otro lado, se añadió un nuevo número a este precepto (art. 10.6 TREBEP), concretando que el personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, podrá prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal, con el límite de duración señalado en este artículo, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas[26].

Paralelamente, el art. 11 del TREBEP define al personal laboral como aquel que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones públicas. Y añade que en función de la duración del contrato, el personal laboral podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. Hemos señalado anteriormente como la redacción final de este precepto, supuso la culminación de una etapa y el acto de rendición del legislador a una doctrina jurisprudencial fruto de la extralimitación en su función neta de aplicación e interpretación del Ordenamiento jurídico. Sumamente reveladora resulta la argumentación jurídica contenida en la STS de 20 de enero de 1998, por todos conocida, en la que se ponía de manifiesto el resbaladizo terreno que durante años se venía transitando[27]. Ante la existencia de una concurrencia

[26] Estas precisiones vinieron de la mano de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa.

[27] A modo de síntesis, podemos destacar los principales pronunciamientos en relación a esta materia, aludiendo a las líneas básicas de la argumentación jurídica que contenían. SSTS de 27 de noviembre de 1989, 7 de febrero de 1990, 18 de julio de 1990 (en las que se aprecia la resistencia a atribuir carácter indefinido a los contratos laborales del personal al servicio de las Administraciones públicas en los que concurran irregularidades); SSTS de 7 de febrero, 24 de abril y 18 de julio de 1990 y (en las que desde otra perspectiva se llegaba incluso a hablar de la existencia de una "interinidad de hecho" en los supuestos de contratación irregular, al entender que existe un puesto de trabajo laboral cuya provisión no ha sido objeto de cobertura reglamentaria y, en consecuencia, el contrato temporal se orienta en realidad a la finalidad de permitir, también con carácter temporal,

conflictiva (entre normas de la legislación laboral y administrativa) debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan. Lo que la doctrina jurisprudencial del TS afirmó en unificación de doctrina, fue que las Administraciones Públicas se sitúan "en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público" (FJ Tercero). Y así se abogó por la distinción entre el carácter indefinido del contrato (que implica que este no está sometido, directa o indirectamente a un término, sin que ello suponga que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas) y la fijeza en plantilla (FJ Cuarto).

Y así, la previsión contenida en el art. 15.5 del TRET, fue driblada, por lo que a las Administraciones públicas se refiere, primero por la jurisprudencia y posteriormente por el legislador. En la actualidad, tras este periplo judicial y legislativo, se ha conjurado la posibilidad de que un trabajador que preste sus servicios de manera temporal para las Administraciones públicas, pueda adquirir la condición de fijo cuando haya estado contratado más de veinticuatro meses en un periodo de referencia de treinta meses[28]. Ello sin perder de vista que el propio precepto establece excepciones genéricas (referidas a las modalidades contractuales

el desempeño de esa plaza hasta que pueda cubrirse de forma definitiva); STS de 18 de marzo de 1991, en la que se defiende que las Administraciones Públicas están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza; STS de 7 de octubre de 1996 que niega al personal laboral contratado temporalmente sin respetar lo preceptuado en la legislación laboral, la consideración de trabajadores fijos de plantilla (aunque admite que pueden estar vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido).

[28] La Directiva 1999/70 del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, fue objeto de transposición ampliando el contenido del art. 15.5 TRET, que incorporó un nuevo enunciado para intentar arrojar luz sobre esta controvertida cuestión. Así, para el cómputo de estos plazos, será indiferente que la prestación de servicios se haya realizado "con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos". La mencionada transposición de la Directiva 1999/70 se produjo a través del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio (RCL 2006, 1208) , para la mejora del crecimiento y del empleo que contenía, entre sus líneas de actuación, la reducción de la temporalidad y promoción de la estabilidad.

con independencia de su formalización en el sector privado o público) de manera expresa, excluyendo su aplicación cuando se trate de contratos formativos, de relevo e interinidad, contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, o contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

El art. 15.5 TRET debe complementarse necesariamente con lo establecido en la Disposición adicional decimoquinta TRET, que en su número 3 establece: "Para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5, solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. En todo caso, lo dispuesto en dicho artículo 15.5 no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley"[29].

Como acertadamente ha señalado la doctrina, respecto al personal laboral al servicio de la Administración, "los contratos afectados por graves irregularidades han de reputarse convertidos en nexos de duración indefinida, pero sin que ello comporte la equiparación de los afectados a trabajadores fijos de plantilla[30]".

---

[29] Bajo la rúbrica *Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas,* la Disposición Adicional Decimoquinta introduce importantes matices a lo preceptuado en el art. 15.5 TRET:

1. "Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Leo Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años".

[30] *Vid.* Sempere Navarro, A.V., "Sobre la aplicación del nuevo art. 15.5 TRET en el sector público", Aranzadi, BIB 2006\1625, pág. 4. "El art. 15 ET y normas complementarias ha de ser

Partiendo de esta premisa esencial, podemos detenernos en aspectos concretos del régimen jurídico del contrato de interinidad del personal laboral al servicio de la Administración, contenido en el art. 15.1. c) TRET y en el art. 4 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre. Resulta interesante llegados a este punto, recordar que la primera norma reglamentaria que desarrolló el art. 15.1 ET, fue el RD 2303/1980, de 17 de octubre, en virtud del cual, se establecía que la extinción del contrato de interinidad se producía por la reincorporación del sustituido, si bien esta regla fue objeto de interpretación por el Tribunal Supremo, que concluyó que el contrato también se extinguía cuando desaparecía la reserva de puesto de trabajo a favor del sustituido "por razón de "muerte, invalidez permanente, jubilación de aquél o por su no reincorporación en plazo", el contrato de interinidad también perdía su vigencia (SSTS de 18 julio, 21 julio y 30 septiembre 1986). Posteriormente, se produjo una reforma cualitativamente relevante a través del RD 2014/1984, de 21 noviembre, el cual estableció en su art. 4.2, d) que los contratos de interinaje se considerarían indefinidos cuando no se hubiera producido la reincorporación del trabajador sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido, lo cual conducía a una interpretación opuesta a lo establecido en la norma predecesora (así lo entendió el TS en las SSTS de 17 noviembre 1987, 30 septiembre 1988, 28 enero 1993, 27 enero y 24 mayo 1994, entre otras, si bien introducía un importante matiz a esta regla general cuando la contratación hubiera sido concertada por una Administración pública)[31]. Se instala de este modo en nuestro Ordenamiento jurídico, como una categoría diferenciada, la figura de la interinidad por vacante en el sector público. Este proceso de evolución normativa concluye con el reglamento actualmente vigente, aprobado por RD 2720/1998 cuyo art. 4.2 ya hemos tenido ocasión de analizar con anterioridad. Baste en este momento subrayar que la distinción entre personal laboral fijo, indefinido no fijo y temporal en el TREBEP, es el resultado de una dinámica legislativa oscilante y una doctrina jurisprudencial que

respetado, incluida su consecuencia de conversión en indefinido del contrato cuando así se derive de las graves irregularidades habidas; pero ello no comporta alteración alguna en la naturaleza jurídica de tal vínculo: el trabajador no puede acceder por tal vía al funcionariado (…). El carácter indefinido del contrato hay que compatibilizarlo con su sujeción a término, pues debe prevalecer la norma específica sobre Administraciones Públicas, en la que se determina el modo de adquirir tal condición de empleado fijo".

[31] STS de 26 diciembre 1995, declara que cuando se produce el fallecimiento, la invalidez permanente u otra clase de no reincorporación del sustituido, el contrato temporal no se convierte en indefinido, sino que lo que sucede es que la interinidad propia o por sustitución pasa a ser interinidad por vacante "(…) teniendo en cuenta lo establecido por la Ley 30/1984, la no reincorporación del sustituido en el plazo establecido no producía el efecto indicado, conservando el contrato de interinidad tal carácter, bien que extendiendo su duración hasta que la vacante así generada fuera definitivamente cubierta por el procedimiento adecuado, con lo cual, para tales supuestos, más que condición resolutoria, actuaría un término, bien que incierto en cuanto a su fecha, dado que dicha provisión, salvo amortización de la plaza, tendría que producirse, por ser legalmente obligada la inclusión de la vacante en la oferta pública de empleo". Esta doctrina aparece sintetizada en la STS de 20 de enero de 1997.

la ha ido aplicando e interpretando con mayor o menor fortuna, desde postulados político-jurídicos muy diversos.

En la actualidad, el art. 15.1 c) TRER dispone que el contrato de interinidad podrá celebrarse **"**cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución". Por su parte, el art. 4.1 RD 2720/1998, permite la formalización de esta modalidad contractual para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. El debate sobre el carácter *ultra vires* de este apartado del precepto, fue zanjado inicialmente por la STS de 9 de diciembre 1998 [32]y posteriormente por la STS de 19 de junio de 2002, en las que se defiende esta ampliación reglamentaria de las causas que sustentan el contrato, no es tal, ya que no hay que ceñirse a lo preceptuado en el art. 15.5 TRET para encontrar la necesaria base legal que legitima la opción del legislador dejando a salvo el principio de reserva de ley. En un momento posterior, el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, incorporó un nuevo apartado al art. 4 del RD 2720/1998 (3), en virtud del cual, se puede recurrir a la figura del contrato de interinidad cuando haya de ser sustituido un trabajador autónomo, un socio trabajador o un socio de trabajo asociado, únicamente cuando la causa de la suspensión sea riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, o acogimiento preadoptivo o permanente.

Las reglas básicas que ordenan este contrato se contienen en el art. 4.2 RD 2720/1998, en el que de nuevo se incide en la especialidad de esta modalidad contractual en el sector público, ya que se establece un tope de tres meses de duración para el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, para inmediatamente después exceptuar a las Administraciones públicas, en las que habrá que estar al tiempo que duren dichos procesos conforme a su normativa específica[33].

[32] El Tribunal Supremo situó la base legal para el desarrollo reglamentario en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal en su versión original, previa a la reforma operada por la Ley 29/1999 de 16 de julio.

[33] En relación al límite temporal de los contratos de interinidad, destacamos la STS de 23 de marzo de 1999, que sintetizó la doctrina de la Sala de lo Social hasta ese momento: a) El límite temporal directo de la vigencia del contrato es impropio de la relación de interinidad y su desconocimiento no determina la transformación del contrato en indefinido (Sentencia de 21 de septiembre de 1993); b) No se produce transformación en contrato indefinido por la existencia de una demora -razonable o irrazonable- en la provisión de las plazas (Sentencia de 24 de junio de 1996).; c) Para establecer la eventual demora en la provisión no basta con valorar la duración de la interinidad, habrá que examinar las distintas fases del procedimiento de creación y dotación de la plaza, su inclusión en la oferta de empleo público, las previsiones para su provisión y el desarrollo de esta (Sentencia de 24 de junio de 1996); d) Referida ya a la situación posterior a la promulgación del Real Decreto 2546/1994, la Sentencia de 22 de octubre de 1997 señala que "el mero transcurso del plazo, cualquiera que éste sea, no produce en principio el efecto pretendido de transformar la relación

En cualquier caso, de la lectura conjunta de estas disposiciones normativas se extrae como conclusión que son tres las garantías que el legislador ha concretado en materia de interinidad: la identificación en el contrato tanto del trabajador sustituido como de la causa de la sustitución; la especificación de la plaza vacante que está en la base del proceso de selección[34] y la limitación de la duración de la interinidad por vacante, aunque en este último caso, nos encontramos ante una precaución descafeinada, toda vez que para las Administraciones públicas, no rige el plazo máximo de tres meses aplicable al sector privado[35].

4.2. El personal laboral interino al servicio de las Administraciones públicas a la luz de la más reciente jurisprudencia comunitaria

El debate en torno a las causas que justifican la formalización del contrato de interinidad en el sector público, las circunstancias del cese, las causas de extinción del contrato y su diferenciación del despido, ha sido una constante en nuestro Ordenamiento jurídico, que ha experimentado en relación esta materia una importante evolución (involución en algunos supuestos), sin perder de vista la trascendencia de la doctrina jurisprudencial que la ha venido aplicando e interpretando con mayor o menor fortuna.

Pero en los últimos años, se ha producido un hecho trascendental de consecuencias aún por determinar. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha pronunciado sobre un tema muy espinoso, el derecho a indemnización derivado de la extinción de contratos temporales, y lo ha hecho en base a una argumentación realmente sorprendente, con un alcance aún por determinar y con una técnica jurídica más que discutible. Nos referimos naturalmente a la profusamente

---

contractual de interinidad por vacante en contrato por tiempo indefinido, sino el efecto contrario de facultar al empleador para dar por terminada la relación contractual con el trabajador interino"».

[34] El legislador ha tasado los supuestos en los que el contrato de interinidad podría formalizarse a tiempo parcial: a) Cuando la vacante ocupada transitoriamente tenga ese carácter, por tratarse de un contrato a tiempo parcial, o de un puesto de trabajo con esas características [art. 5.2.a) RD 2720/1998]; b) Cuando la sustitución se haga respecto de un trabajador que ha reducido su jornada por ejercicio de los derechos reconocidos en los arts. 37.4 bis y 5 ET, porque disfruta el permiso por maternidad a tiempo parcial, o porque se acoge a lo establecido legal o convencionalmente [art. 5.2.b) RD 2720/1998, modificado por DF 1ª RD 1251/2001].

[35] Sobre el debilitamiento de estas cautelas, véase Marín Correa, J.: "La contratación temporal", *RMTAS,* núm. 38, pág. 56. El autor se muestra favorable a la posibilidad que el art. 15.5 TRET abre a lo que denomina «sustitución en cascada», que viene a permitir que el ausente sea sustituido directamente por otro trabajador fijo de la empresa, éste a su vez por otro, hasta producir la sustitución física en un último nivel. La decisión es racional porque no parece lógica la suplencia temporal por un trabajador «nuevo» en niveles superiores a los desempeñados por trabajadores fijos y con vinculación muy anterior, que se vieran dirigidos o sometidos disciplinariamente al «interino».

comentada[36] STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, De Diego Porras.

En esta sentencia, el TJUE respondiendo a una cuestión prejudicial, se pronuncia sobre la adecuación de la normativa española en materia de indemnización por extinción de los contratos temporales a la Directiva 1999/70/CE, que como sabemos, incorporó como Anexo el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada alcanzado por CES, UNICE y CEEP (18 de marzo de 1999).

El hilo conductor del Acuerdo, lo constituye sin duda el fortalecimiento del principio de igualdad y no discriminación de cara a los trabajadores con un contrato de duración determinada. Entre sus objetivos, figuran el de mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto del principio de no discriminación y prevenir el abuso del trabajo de duración determinada[37]. Y así, se dispone que los países de la UE, tras consultar a los interlocutores sociales, tendrán que introducir, de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores específicos y categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas[38]:

[36] La envergadura de este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha propiciado que sean múltiples los autores han desmenuzado su contenido, entre los cuales destacamos, sin ánimo de exhaustividad: Molina Navarrete, C.: "La doctrina Diego Porras desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿Noble sueño o nueva pesadilla", *La Ley,* núm. 9053, 2017; Rojo Torrecilla, E.: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el impacto de su reciente jurisprudencia en la regulación de la contratación temporal en España y el derecho a indemnización por extinción del contrato (notas a tres sentencias y tres autos)"*Revista de Relaciones Laborales,* núm. 6, 2017; Menéndez Sebastián, P.: " La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 194/2017; Suárez Corujo, B.: "El fraude en el trabajo de duración determinada en las Administraciones públicas españolas según el Tribunal de Justicia de la UE", *Revista Española de Derecho Europeo,* núm. 61/2017; Sempere Navarro, A.V.: "Texto y contexto de la STJUE sobre indemnización en contratos de interinidad", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 189, 2016; ; Desdentado Bonete, A.: "¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal?", *IL,* núm. 10, 2016; De La Puebla Pinilla, A.: "Incertidumbre en torno a la indemnización por finalización de los contratos temporales", *IL*, núm. 9, 2016.

[37] SSTJUE de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09; STJUE de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10; STJUE de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-301/11, C-302/11 a 305/11. En estos pronunciamientos, se afirma que "admitir que la mera naturaleza temporal de una relación de trabajo basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo Marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada":

[38] Los países de la UE debían adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, a más tardar el 10 de julio de 2001, o asegurarse de que, como máximo en dicha fecha, los interlocutores sociales hubieran establecido las disposiciones necesarias. Disponían de un año suplementario si era necesario para tener en cuenta dificultades particulares o la aplicación mediante convenio colectivo. En tal caso, debían informar a la Comisión de tales circunstancias.

-Razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales.

-La duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;

-El número de renovaciones.

La transposición a nuestro Ordenamiento de la Directiva 1999/70/CE se produjo mediante la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad -si bien esta norma vino a ratificar lo ya dispuesto por el RD Ley 5/2001, que fue realmente el texto normativo encargado de implementar la indemnización por extinción de contratos de duración determinada en nuestro Ordenamiento jurídico-. Conforme a la redacción dada por esta disposición normativa a los art. 49.1 c) y Disposición Transitoria 8 del TRET, a la finalización de los contratos temporales, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar 12 días de salario por año trabajado, o la establecida en la normativa específica de aplicación[39]. Sin embargo, el mismo precepto establece dos relevantes excepciones: los contratos de interinidad y los formativos.

Lo que el TJUE ha afirmado, es que resulta incompatible con la normativa comunitaria la diferenciación en materia de indemnización por extinción del contrato entre trabajadores fijos y temporales, pero también el trato desigual entre trabajadores temporales sujetos a diferentes modalidades contractuales. Y de este modo, la STJUE de 14 de septiembre de 2016, coloca en la cuerda floja preceptos concretos de nuestro Ordenamiento jurídico, en concreto el art. 49.1 c) TRET. El litigio que da origen a la cuestión prejudicial versa sobre la extinción no indemnizada de una trabajadora que prestaba servicios para la Administración (Ministerio de Defensa) en virtud de un contrato de interinidad para la cobertura de una vacante generada por un representante sindical liberado. El reingreso del trabajador sustituido a su puesto, provocó la extinción del contrato de interinidad de la Sra. De Diego Porras, sin derecho a percibir indemnización alguna en base a lo dispuesto por el art. 49.1c) TRET.

El TJUE, efectúa una interpretación discutible del alcance del principio de no discriminación entre trabajadores temporales y fijos, ya que lo entiende referido no solo a la igualdad en las condiciones de trabajo, sino también a las indemnizaciones que corresponden por extinción del contrato. Resulta evidente que el órgano jurisdiccional comunitario ha pasado por alto algunas distinciones esenciales. La más relevante, radica en la necesaria diferenciación entre extinción del contrato

[39] El derecho a percibir indemnización en estos supuestos, se aplicó de manera gradual desde 31 de diciembre de 2011 hasta el 1 de enero de 2015.

temporal por causas vinculadas a su propia naturaleza (finalización de la duración pactada, o de la obra o servicio, reincorporación del trabajador sustituido, cobertura de la vacante conforme a los procedimientos de selección previstos) y el despido. En nuestro Ordenamiento jurídico, el régimen jurídico en materia de despido (y por tanto de las indemnizaciones en el caso de que procedan) es idéntico para trabajadores fijos y temporales, no es apreciable discriminación en los términos mencionados. En segundo lugar, tendríamos que referirnos a la opción adoptada por el legislador español a la hora de ofrecer un trato diferenciado en materia de extinción del contrato a las diferentes modalidades temporales previstas en el Derecho interno. En relación a este segundo aspecto, podríamos discutir si obedece o no a causas razonables y objetivas[40] la distinción entre los contratos formativos y de interinidad y el resto de modalidades temporales, aunque el TJUE no repara en esta cuestión.

Considerando que nuestra legislación reconoce una indemnización de 12 días de salario por año de servicio a la finalización de los contratos temporales (excluidos los de interinidad y los formativos), la STJUE de 14 de septiembre de 2016 determina que contraviene la Directiva 1999/70/CE y por tanto resulta discriminatorio, que la extinción del contrato no se concrete también en estos supuestos en la cuantía establecida para los contratos indefinidos (20 días de salario por año de servicio).

Resulta pertinente recordar, llegados a este punto, que el Tribunal Supremo venía equiparando los contratos indefinidos no fijos y los de interinidad por vacante en materia de extinción, permitiendo la amortización pura y simple de la plaza ocupada, sin que fuese necesario acudir a los procedimientos extintivos recogidos en los arts. 51 y 52 c) TRET. La STS de 24 de junio de 2014 (RJ 2014,4380) supuso un cambio en la doctrina jurisprudencial del TS, justificada por la entrada en vigor del la Disposición Adicional Vigésima del ET. El TS declara nulo el despido de laborales interinos por vacante (se trataba de 156 despidos de interinos por vacante en Universidad Politécnica Madrid). La Sala estima que "tras la vigencia de la Disposición Adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores incorporada por Ley 3/2012 de 6 de julio y a diferencia del criterio aplicado en otros supuestos análogos resueltos por la Sala bajo la legislación anterior, el despido colectivo del personal laboral interino por vacante al servicio de una entidad como la Universidad Pública demandada requiere ahora bajo la nueva legislación seguir conforme a la nueva Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores el procedimiento de despido colectivo y celebrar el período de consultas con la representación laboral, procedimiento cuya omisión vicia de nulidad el despido colectivo, aunque se base en la modificación acordada por la entidad de la relación de puestos de trabajo

[40] Un esclarecedor estudio de los conceptos "situaciones comparables" y "razones objetivas" en Moreno Vida, M.N.: "La aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre Trabajo Temporal en las Administraciones Públicas, *Trabajo y Derecho",* núm. 21, 2016.

acordada por la entidad demandada, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva RPT pueda tener posteriormente para fundar la decisión extintiva"[41].

La STJUE de 14 de septiembre de 2016, De Diego Porras, desplegará inevitablemente importantes consecuencias en nuestro Ordenamiento. Por lo pronto, la Comisión Europea ha hecho uso de la potestad que le reconoce el 258 TFUE, en virtud del cual puede instar fase precontenciosa del procedimiento de infracción por incumplimiento de las obligaciones que le corresponden conforme a la Directiva 1999/70/CE (por inobservancia de la cláusula 4 del Acuerdo (vulneración del principio de no discriminación)[42].

La doctrina científica coincide en que la situación tiene difícil salida si no es a través de la intervención del legislador, que está avocado a modificar el precepto afectado (art. 49.1 c TRET). Varias son las posibilidades. Nosotros nos decantamos por una adecuación a la Directiva 1999/70/CE en el sentido de suprimir la distinción (que no resulta ni razonable ni objetiva) entre contratos formativos y de interinidad de cara a la indemnización en caso de extinción por las causas específicas relativas a las modalidades temporales (llegada a término, realización de la obra o servicio, reincorporación del sustituido, provisión de la plaza vacante por los procedimientos de selección pertinentes, etc.), lo cual desembocaría en el reconocimiento del derecho a la indemnización de 12 días de salario por año de servicio. Cuestión distinta es lo que podría suceder en relación a la cuantía de la indemnización aparejada a la extinción de contrato, que la Sentencia proclama idéntica para trabajadores fijos y temporales. En este caso, entendemos que se respetaría el principio de igualdad y no discriminación especificando con nitidez las razones objetivas que justifican tal opción legislativa, evidentemente vinculadas a las políticas de fomento de la ocupación.

En definitiva, compartimos plenamente la opinión de la doctrina cuando afirma que "ha llegado el momento de evaluar la situación y corregirla (…) pero ello requiere acudir a los procedimientos formalizados para ello, legislativos y de diálogo social, cuya frustración en este tiempo, lamentable, no puede ser suplida por el justicialismo de ocasión judicial"[43].

---

[41] Dado que el TS distingue entre la extinción del indefinido no fijo por cobertura de la plaza y por amortización de la plaza (reservando el derecho a indemnización únicamente a este último supuesto), plantea la doctrina hasta que punto la STJUE de 14 de septiembre de 2016 va a tener repercusión también en este aspecto. Un extenso y acertado análisis en Menéndez Sebastían, P.: "La batalla entre el ser..", Op.Cit. pág. 20.

[42] Así lo expresa Suárez Corujo, B. "El fraude en el trabajo…", Op.Cit. pág. 17.

[43] Molina Navarrete, C.: "La doctrina Diego Porras desatada…", Op.Cit., pág. 23. El autor efectúa un pormenorizado seguimiento de la experiencia judicial española constatando el efecto de irradiación que la Sentencia comentada ha producido, esencialmente en los contratos de interinidad, tanto públicos como privados.

EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE O EL COMPLICADO EQUILIBRIO ENTRE FORMACIÓN E INSERCIÓN LABORAL

MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

AMPARO M. MOLINA MARTÍN

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. POLÍTICA DE EMPLEO DIRIGIDA A LUCHAR CONTRA EL DESEMPLEO JUVENIL.
2. EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA DE EMPLEO A TRAVÉS DE LA FORMACIÓN. LA FORMACIÓN PROFESIONAL DUAL COMO TELÓN DE FONDO.
3. ALGUNOS ASPECTOS DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE OBJETO DE REFLEXIÓN.
4. CONTRATACIÓN PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE POR MEDIO DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: LA TRANSFORMACIÓN DE UN MODELO.
5. REFLEXIONES FINALES

1. POLÍTICA DE EMPLEO DIRIGIDA A LUCHAR CONTRA EL DESEMPLEO JUVENIL

El desempleo juvenil es una realidad europea. No en vano, desde el año 2012 ante el alto y creciente desempleo juvenil en numerosos Estados miembros de la UE, se suceden una serie de actuaciones a nivel comunitario con el objetivo de reducir las tasas de paro juvenil en Europa. En esta línea, en diciembre de 2012, la Comisión Europea en la Comunicación *Promover el empleo juvenil*[1], presenta un paquete de medidas y propuestas que da continuidad a las medidas para jóvenes establecidas en el paquete de empleo más amplio: a) Todos los menores de 25 años habrían de recibir una oferta de trabajo de calidad, una educación permanente, una formación de aprendizaje o un periodo de prácticas en los cuatro meses siguientes al fin de la enseñanza formal o al fin de un empleo (una «garantía juvenil»). b) Una consulta a los interlocutores sociales europeos sobre un marco de calidad de los periodos de prácticas que permita que los jóvenes adquieran una buena experiencia laboral en condiciones de seguridad. c) Una Alianza Europea para la Formación de Aprendices que aumente la calidad y la oferta de la formación disponible y ponga de relieve las maneras de reducir los obstáculos a la movilidad de los jóvenes. Un año más tarde, la Comisión presenta dos nuevas comunicaciones, *Iniciativa sobre Empleo Juvenil* dirigida a reforzar y acelerar las medidas establecidas en el paquete de medidas sobre el empleo juvenil[2] y la titulada *Trabajar juntos por los jóvenes europeos Un llamamiento a la acción contra el desempleo juvenil*[3] con el objetivo de acelerar la aplicación de la garantía juvenil y ayudar a los Estados miembros de la UE y a las empresas para la contratación de más jóvenes.

A nivel europeo, con datos de Eurostat, la tasa de paro en la zona euro entre los menores de 25 años, se situó en el primer trimestre de 2017 en un 19,4% lo que equivale a un total de 2,727 millones de jóvenes desempleados, de los que 591.000 corresponden a España, cuya tasa de paro juvenil es del 40,5%, la segunda más alta de toda la UE**,** sólo por detrás del 48% que afectaba a los jóvenes griegos[4]. No obstante, la situación ha experimentado cierta mejoría, al cierre de 2016 la tasa de paro de los jóvenes entre 16 y 24 años se situaba en el 42,9% (613.900) y lejos quedan los niveles máximos que marcó el tercer trimestre de 2013 e inicio de 2014, con una tasa del 55%. [5]

[1] [COM(2012) 727 final].

[2] [COM(2013) 144 final] Su objetivo era sobre todo apoyar a los jóvenes sin empleo que no estuvieran recibiendo educación ni formación en las regiones con una tasa de desempleo juvenil superior al 25 %.

[3] [COM(2013) 447 final].

[4] Las menores tasas de paro juvenil en la UE corresponden en este primer trimestre de 2017 a Alemania (6,7%), República Checa (9,3%) y Países Bajos (9,6%).

[5] http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics/es

Con tales cifras, es clara la necesidad de diseñar políticas y emprender acciones dirigidas a luchar contra el desempleo juvenil. El Comité Económico y Social Europeo (CESE) mantiene en este contexto que los contratos de aprendiz, las colocaciones en empresas y los períodos de prácticas son importantes para que los jóvenes adquieran tanto capacidades como experiencia laboral y que deberían formar parte de las estrategias de responsabilidad social de las empresas. Si una empresa invierte en trabajadores jóvenes y los trata como recursos valiosos, esto puede incrementar significativamente el nivel de compromiso de estos últimos con su funcionamiento de la empresa[6]. A nivel interno, las acciones de Política de empleo dirigidas a luchar contra el desempleo juvenil se concretan en una batería de medidas de amplio espectro articuladas en las sucesivas reformas laborales emprendidas en nuestro sistema jurídico laboral en los últimos años, no se limitadas, además, al trabajo asalariado o por cuenta ajena. Así, el trabajo por cuenta propia representa una valiosa oportunidad para que los jóvenes aprovechen sus capacidades y gestionen su propio trabajo. De ahí que haya de estimularse el interés y el potencial de estos de llegar a ser empresarios, fomentando una mentalidad y unas actitudes empresariales en la educación y la formación. Ello se concreta en la Estrategia de Emprendimiento y Empleo joven 2013-2016 y en las posteriores leyes de Emprendimiento y trabajo autónomo (Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de creación de empleo, Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, principalmente).

Por su parte, la Garantía Juvenil o el compromiso de los gobiernos, las autoridades regionales y los servicios de empleo públicos por ofrecer empleo, formación o cursos de reciclado a la juventud una vez transcurrido un cierto período de tiempo tras haber perdido su empleo o tras haber terminado una etapa formativa se concreta en nuestro sistema a nivel normativo en el R.D.-l. 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia y la posterior Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. El sistema de Garantía Juvenil (nutrido por fondos europeos) se articula a través de un Fichero-Registro en el que podrán inscribirse los jóvenes mayores de 16 años y menores de 25 (o de 30, en caso de discapacitados –discapacidad igual o superior al 33%-) y mayores de 25 años y menores de 30 mientras su tasa de desempleo superase el 20%[7] que no se encuentren ni ocupados ni integrados en un sistema

[6] Dictamen del CESE sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre *Iniciativa de Oportunidades para la Juventud* (20 de octubre de 2012. C 299/18).

[7] La extensión a los 30 años con carácter general la incorpora la Ley 25/2015, de 28 de julio,

de educación o formación con el objetivo de que puedan recibir una oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o periodo de prácticas (art. 90 Ley 18/2014). Las medidas previstas son intermediación, empleabilidad (mejora de aptitudes y competencias profesionales, especialmente, formación en idiomas y tecnologías), de apoyo a la contratación (incentivos a la cotización a la Seguridad Social, fomento de los contratos formativos, ayudas al empleo para la contratación con período mínimo de permanencia, fomento a la Economía social…) y apoyo al emprendimientos (servicios de apoyo, a la creación de empresas, ayudas al autoempleo, asesoramiento, fomento de la cultura emprendedora…). Aun cuando se trata de una buena iniciativa, quizás se haya quedado un poco corta, en la medida en que si bien permite un contacto del joven con el mundo laboral y salva las reticencias empresariales a la contratación, sería una solución puntual para hoy pero el problema seguirá ahí mañana, en la medida en que poco o nada garantiza la continuidad del vínculo pues no hay obligación para el empresario de mantener el empleo más allá de los seis meses del periodo de bonificación[8] y ello en el mejor de los casos en el que, efectivamente, se ha conseguido concertar un contrato, aun de poca duración.

Idéntico objetivo de lucha contra el alarmante desempleo juvenil a toda costa inspira el régimen jurídico de las llamadas prácticas no laborales en empresas de la mano, en este caso, de los períodos de prácticas en empresas. El R.D. 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas, crea las prácticas no laborales en empresas destinadas a jóvenes desempleados al objeto de incrementar las oportunidades de empleo de aquellas personas jóvenes que, aun teniendo una formación académica o profesional acreditada, carecen de experiencia laboral y, por ello, presentan problemas de empleabilidad. Para este colectivo, entiende la norma reglamentaria, las prácticas no laborales en empresas, contribuyen a facilitar su acceso al mercado de trabajo, a la ocupación y a la adquisición de práctica laboral en un entorno real.

Las citadas prácticas se desarrollarán por personas jóvenes desempleadas inscritas en la oficina de empleo, con edades comprendidas entre 18 y 25 años inclusive, que posean una titulación oficial universitaria, titulación de formación profesional, de grado medio o superior, o titulación del mismo nivel que el de esta última, correspondiente a las enseñanzas de formación profesional, artísticas o deportivas o bien un certificado de profesionalidad. Asimismo, no deberán haber tenido una relación laboral u otro tipo de experiencia profesional superior

de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

[8] Fernández Orrico, F.J., "El Sistema nacional de Garantía Juvenil: nuevo instrumento de actuación y apoyo a la contratación de jóvenes", *Revista de Trabajo y Seguridad Social Centro de Estudios Financieros*, núm. 377-378, 2014, págs. 143 y ss.

a tres meses en la misma actividad, no teniéndose en cuenta a estos efectos las prácticas que formen parte de los currículos para la obtención de las titulaciones o certificados correspondientes. Se realizarán en empresas o grupos empresariales que formalicen convenios con los Servicios Públicos de Empleo y, a su vez, la empresa suscribirá un acuerdo con la persona joven que va a desarrollar las prácticas no laborales. Serán desarrolladas bajo la dirección y supervisión de un tutor y tendrán una duración entre tres y nueve meses.

Los jóvenes que realicen estas prácticas recibirán de la empresa o grupos empresariales en que desarrollan las mismas una beca de apoyo cuya cuantía será, como mínimo, del 80% del IPREM mensual vigente en cada momento. Asimismo, les serán de aplicación los mecanismos de inclusión en la Seguridad Social contemplados en el R.D. 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el RGSS de las personas que participen en programas de formación. Esto es, en la medida en que la participación en estos programas conlleva una contraprestación económica para los afectados -con independencia de su concepto o forma- quedarán incluidos en el RGSS, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con la protección correspondiente, a excepción de la protección por desempleo.

Por su parte, de singular entidad son las actuaciones normativas dirigidas al contrato de trabajo fundadas en objetivos de política de empleo y, especialmente, de empleo juvenil[9]. Especialmente, los contratos formativos permiten articular políticas de capacitación profesional vinculadas al puesto o al desempeño de oficios en los que la cualificación obtenida por la práctica constituya un aspecto relevante de la formación. En estos casos, la atención a las exigencias impuestas por objetivos de empleo se materializa en la aparición de un conjunto de particularidades, excepciones y límites cuya intensidad formaliza la constitución de una modalidad contractual. Todo ello con el objetivo de compatibilizar determinados contenidos de la relación de trabajo con los objetivos de empleo. En estos casos,

[9] La singularidad que el colectivo de los jóvenes presenta en el desarrollo de este tipo de actuaciones radica en que probablemente sea el sector de población que mayor número de modalidades contractuales y particularidades con objetivos de empleo haya motivado en la regulación común de la relación de trabajo y, probablemente también, las experiencias de regulación que mayor arraigo histórico y tradición normativa vienen mostrando en esta materia. Por dos razones, el joven está en las primeras etapas de la vida profesional y es necesario articular mecanismos que faciliten acceso al mercado, de otro lado, la formación suele desarrollarse en momentos próximos al inicio al trabajo (a veces es anterior, a veces se yuxtaponen). En todo caso, la formación está en la base: no se tiene, es inadecuada la obtenida –ello conectado con las exigencias que presenta hoy el mercado laboral- o es escasa o inexistente la experiencia profesional (Prados De Reyes, F.J.: "Modalidades contractuales y Política de empleo juvenil", en *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juven*il, XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (coord.), Sevilla, Mergablum/CARL Junta de Andalucía, 2014*,* pág. 234).

la excepción se justifica en la propia identidad del contrato de forma que no pierde la regulación común respecto de los extremos no afectados[10].

En concreto, el contrato para la formación y el aprendizaje persigue dotar de cualificación profesional a los trabajadores a través de la prestación de servicios acompañada de la obtención de la correspondiente formación. A tal efecto, se diseña un régimen contractual que presenta singularidades, se establece una detallada regulación de las exigencias formativas y se incentiva su utilización por el empresario vía bonificaciones[11]. La importancia de las acciones emprendidas en esta dirección está fuera de toda duda y habrían de inscribirse en la línea marcada por la OIT que recomienda reforzar los vínculos entre educación, formación y mundo del trabajo, con vistas a corregir la inadecuación de las competencias y adaptar las cualificaciones profesionales a las necesidades del mercado de trabajo[12].

[10] Prados De Reyes, F.J., "Modalidades contractuales y Política de empleo juvenil", *ut supra,* pág. 231.

[11] También con la finalidad de contribuir a la mejora de la cualificación profesional de los jóvenes al tiempo que favorecer su inserción laboral, la Ley 11/2013 contempla el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa (*minijobs* alemanes a la española) con el que se pretende vincular la contratación a la mejora de la formación de aquellos estableciendo, además, beneficios en materia de Seguridad Social para el empresario para incentivar su utilización. Aun cuando este contrato presenta similitudes con las otras modalidades de contratos formativos (contrato en prácticas y contrato para la formación y el aprendizaje) en el sentido de que persigue mejorar la cualificación profesional y experiencia laboral de los trabajadores, el tratamiento de la formación del trabajador en el contrato se separa claramente de aquellas modalidades al tiempo que presenta un carácter coyuntural (hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%).

Junto a ello, y siguiendo en la lógica contractual en la Política de empleo dirigida a lugar contra el desempleo juvenil, la Ley 11/2013 también incorpora el contrato primer empleo joven, modalidad desnaturalizada de contrato eventual, no ligada a circunstancias productivas para su concertación bastando como causa la propia adquisición de una primera experiencia que permita la incorporación al mercado de trabajo de un menos de 30 años sin experiencia.

[12] En la Resolución y Conclusiones 101.ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (ILO 2012) bajo el título *La crisis del empleo juvenil: Un llamado a la acción,* se proponen un conjunto de medidas probadas y comprobadas en cinco áreas: políticas macroeconómicas, empleabilidad, políticas del mercado laboral, desarrollo de la capacidad empresarial de los jóvenes y derechos. Se destaca la necesidad de equilibrio, coherencia y complementariedad entre las medidas políticas.

El llamado a la acción de la OIT invita a los gobiernos y a los interlocutores sociales a favorecer el crecimiento con alto coeficiente de empleo y la creación de trabajo decente a través de políticas macroeconómicas, empleabilidad, políticas del mercado laboral y derechos de los jóvenes, y garantizar las sostenibilidad financiera y presupuestaria (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_187080.pdf).

2. EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA DE EMPLEO A TRAVÉS DE LA FORMACIÓN. LA FORMACIÓN PROFESIONAL DUAL COMO TELÓN DE FONDO

El contrato para la formación y el aprendizaje, ha sido objeto de continuas reformas (1997, 2001, 2002, 2006, 2010, 2011, 2012, 2013) que evidencian que se está ante un contrato sin un modelo claro de referencia, con problemas de identidad y operatividad, que responde a necesidades coyunturas y en el que prevalece su vertiente ocupacional o de fomento de empleo frente a la formación efectiva y de calidad encaminada a la empleabilidad[13]. Es más, se ha llegado a afirmar que tras las últimas reformas laborales y el posterior desarrollo reglamentario, se crea un contrato para la formación y el aprendizaje con un doble régimen jurídico, según se realice con una finalidad de formación o de inserción. Esta tensión de objetivos, pone en tela de juicio la implantación de un sistema de formación profesional realmente garantista y atractivo para los trabajadores sin cualificación profesional[14].

En su diseño normativo reciente el contrato para la formación y el aprendizaje pretende tener como objetivo básico, la cualificación profesional de los trabajadores tratándose, con ello, de superar la tradicional concepción de este contrato formativo como mero instrumento de inserción laboral. En definitiva, se pretende acentuar su función definitoria de suministrar una cualificación profesional al joven trabajador[15]. Buena prueba de ello es el cambio conceptual al referir ahora el art. 11.2 E.T. tras el R.D.-l 10/2011, de 26 de agosto, 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 profesional de las personas que agoten su protección por desempleo que el contrato para la formación y el aprendizaje se propone la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo, dimensiones formativas integradas ahora en el objetivo común de la Formación profesional dual (R.D. 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual). El sistema dual está orientado al mundo laboral facilitando el tránsito de la escuela al trabajo con

[13] Escudero Rodríguez, R., "Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje", *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2012, pág. 15.

[14] Millán Herencia, M.J., "Aspectos novedosos del contrato para la formación y el aprendizaje", *Temas Laborales*, núm. 119, 2013, pág. 155.

[15] Rodriguez Piñero y Bravo Ferrer, M., "El contrato de aprendizaje y formación dual. El Real Decreto 1429/2012", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2013, pág. 3.

dos ventajas: capacita a los jóvenes para su entrada en el mercado de trabajo y cubre las necesidades de las empresas, garantizando que existan suficientes especialistas y cuadros en el futuro[16].

En cualquier caso, y centrándonos en el contrato para la formación y el aprendizaje, aquella cualificación profesional en régimen de alternancia se desarrolla en el contexto real del desempeño de una determinada profesión[17], incluso, las empresas han podido formar a estos trabajadores de acuerdo con sus necesidades específicas y, en consecuencia, del mercado[18]. No obstante, tal planteamiento, cierto a nivel teórico, se ha revelado bastante ineficaz en nuestro país a la vez que es cuestionado por su menor rigor y control[19]. Sea como fuere, el efecto previsto será la inserción laboral del joven que después, profesionalmente cualificado, habría de acceder de manera normalizada al mercado de trabajo y con mayores oportunidades de empleo.

Ahora bien, imbuido por la lógica de lucha contra el desempleo juvenil a toda costa, el R.D.-l. 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral procede de nuevo a modificar el régimen jurídico de este contrato para potenciar el empleo juvenil suprimiendo aquellas limitaciones o aspectos que incorporaran rigidez y la hicieran poco atractiva para el empresario, potenciándose con ello, otra vez, la finalidad de inserción laboral de la misma que, en el concreto aspecto de la elevación del tope de edad a 30 años (hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%), oscurece o prácticamente anula cualquier otra dimensión. El trasfondo sociológico de los argumentos que se esbozaron para la incorporación de esta excesiva previsión normativa es el importante volumen de población joven carente de cualificación alguna que había sido expulsada del mercado laboral con la crisis (del sector de la construcción, especialmente) y para el que el mecanismo de reenganche al empleo pasaba necesariamente por la formación a través de un contrato para la formación y el aprendizaje. De otro modo, se hubiera dejado fuera a una gran parte de los des-

[16] Pérez Campos, A.I., "El empleo juvenil en la Unión Europea", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI (2013), pág. 14.

[17] Previamente a la formalización del contrato la empresa queda obligada a verificar que existe una actividad formativa relacionada con el trabajo efectivo que se pretende realizar, que aquella se corresponde con un título de formación profesional de grado medio o superior y que esta será la formación inherente al contrato (art. 16.4 R.D. 1529/2012). Una vez cumplidos estos requisitos se entiende constituida la relación que necesariamente debe existir entre actividad formativa y trabajo a desempeñar.

[18] Moreno Gené, J.M.: *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia,* Barcelona, Atelier, 2015, pág. 12.

[19] Molina Navarrete aludirá en este contexto al fracaso del modelo de interiorización en la fábrica de la formación ("De las reformas laborales a un nuevo, e irreconocible, «estatuto del trabajo subordinado»", *Revista de Trabajo y Seguridad Social Centro de Estudios Financieros*, núm. 348, 2012, pág. 49).

empleados que carecen de cualificación[20]. Nuevas modificaciones incorporará la tramitación parlamentaria del texto de urgencia (Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) y la Ley 11/2013 que se completan con el desarrollo reglamentario[21].

En todo caso y, desde siempre, la eliminación de rigideces persigue hacer atractiva esta modalidad contractual y actuar como mecanismo de inserción en el mercado de trabajo de colectivos con dificultades de inserción laboral y no solamente por carecer de formación (*v.g.* discapacitados, exclusión social, Programas públicos de empleo y formación). Con tal objetivo se diseña un generoso marco de bonificaciones en la cotización que supone ventajas por la contratación de estos trabajadores y por su mantenimiento en la empresa después de terminado el contrato[22]. Ello se concreta, desde la Ley 3/2012, en la reducción del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como de las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial, y formación profesional, si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 trabajadores o del 75% en el supuesto de que la empresa tenga una plantilla igual o superior a esta cifra. El R.D.-l 6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil establece que en el supuesto de trabajadores inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, este incentivo, en los mismos porcentajes, consistirá en una bonificación[23]. No puede pasarse por alto que el contrato para la formación y el aprendizaje está potencialmente llamado a jugar un papel estelar en la contratación de los sujetos a los que va dirigido el Sistema de Garantía Juvenil[24].

---

[20] De *necesidad imperiosa*, sería calificada la reforma del tope de edad por Romero Burillo ("El contrato para la formación y el aprendizaje como mecanismo de fomento de la inserción laboral de los jóvenes", en *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad,* AA.VV., Moneno Gené, J., Moreno Burillo, A.M. (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 312).

[21] R.D. 1529/2012, Orden ESS 2518/2013, Orden ESS 41/2015.

[22] En materia de bonificaciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social hay que añadir, además, aquellas previstas en el RD 1529/2012 con el objeto de financiar el coste para la empresa de la formación inherente al contrato. Por tanto, conforme establece el art. 24 R.D. 1529/2012, la financiación de la actividad formativa inherente al contrato para la formación se realizará con cargo a los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal. Cuando el contrato para la formación y el aprendizaje se formalice con personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil las cuantías máximas se incrementan pero sólo para los contratos que se celebraran hasta el 30 junio 2016 (disp. trans. segunda Orden ESS/41/2015).

[23] La nueva norma reglamentaria modifica algunos aspectos del Sistema, como son la mejora de la inscripción y atención en él, para fortalecerlo y contribuir a que un mayor número de jóvenes accedan a sus beneficios. El fin último es incentivar la empleabilidad y la ocupación de los jóvenes, y se considera urgente la norma por la aún elevada tasa de desempleo juvenil, la imposibilidad de haber legislado este tema por la exigua legislatura pasada y el año de Gobierno en funciones y el uso presupuestario de los fondos de la UE antes de que finalice 2016.

[24] Tascón López, R., "Dificultades en el empleo de los jóvenes (barreras jurídicas y otros

Para el trabajador, se establece la reducción 100% de la aportación durante toda la vida del contrato. En cuanto a la transformación en contratos indefinidos de estos contratos para la formación y el aprendizaje se recoge una reducción de la cuota empresarial de 1500 € anuales en 3 años y si se realiza con mujeres, 1800 €[25]. El marco normativo vigente, elimina las limitaciones anteriores: contratos realizados antes de determinada fecha o la transformación anterior a fecha determinada y necesidad de incremento de plantilla[26]. La necesidad de establecer un incentivo a la conversión en indefinidos de estos contratos para la formación y el aprendizaje responde a la realidad manifiesta de la baja o prácticamente nula contratación posterior de los trabajadores en la empresa que les ha formado inicialmente y en régimen de alternancia. Más bien, opera la sustitución de unos aprendices por otros (mano de obra barata y reemplazo de trabajadores).

Sea como fuere, en el régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje, la aludida rigidez que trata de eliminarse ha justificado, por su parte, un estatuto jurídico devaluado a nivel laboral y de Seguridad Social que se dignifica en parte, sin embargo, con las recientes reformas en la materia. No en vano, desde el R.D.-l 10/2011 nos encontramos con un contrato con plenos derechos de protección social. Se incrementan, por tanto, las garantías laborales para los trabajadores que formalizan este contrato en comparación con la situación precedente, de acceso a un mercado de trabajo marginal, sin prestación por desempleo, bajas cotizaciones. Ahora bien, las reglas en materia de cotización (fija y baja) seguirán concretándose, después, en débiles bases reguladores y bajas cuantías de prestaciones.

En este punto habrá que conectar el tema de la flexibilidad laboral como instrumento de política de empleo y el mantenimiento de condiciones de trabajo vertebrales para la consolidación de un sistema normativo de garantías mínimas e irrenunciables. Esta línea flexible es claramente la perseguida por la reforma

problemas)", en *Empleo juvenil: un reto para Europa (Youth employment: a challenge for Europe,* AA.VV., Fernández Fernández, R (dir), Pamplona, Aranzadi, 2016, pág. 151.

[25] La negociación colectiva podría establecer compromisos de conversión convencionales como la fijación de porcentajes concretos de transformación de los contratos para la formación y el aprendizaje en indefinidos, preferencia, transformación automática (*vid.,* Muñoz Ruiz, A.B., "Buenas prácticas relativas a la formación profesional dual en la negociación colectiva", *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2004).

[26] Se eliminan (limitaciones contenidas en R.D.-l. 10/2011), de un lado, la limitación del acceso a los incentivos a los contratados hasta 31.12.2013 y, de otro, el límite de que los contratados fueran menores de 30 años. Sí se mantiene que requisitos de la necesidad de estas personas estén inscritas en la Oficina de Empleo pero se elimina la necesidad de que lo estén en una determinada fecha (antes 1.1.2012).

También se elimina el requisito de que el contrato para la formación y el aprendizaje comporte un incremento de la plantilla de la empresa contratante. Buena opción a efectos de no limitar el acceso a las reducciones –pues su cálculo resultaba complicado- y de ganar en seguridad jurídica.

del contrato para la formación y el aprendizaje de 2012 cuya finalidad declarada es «*potenciar el empleo juvenil mediante la supresión de limitaciones injustificadas*» Aquí, el debate sobre la política de empleo, situado en el origen desplaza ahora las consideraciones hacia la política de tratamiento de las condiciones de las relaciones de trabajo[27] pues no puede dejarse a un lado la realidad de los bajos costes para el empresario del trabajo de los jóvenes (reducidos salarios acompañados de inestabilidad).

De cualquier forma, aun fijando un régimen flexible, siendo un contrato de bajo coste para el empresario, habiendo limitado supuestas rigideces (que, en algunos extremos, eran garantías –*v.g.* encadenamiento de contratos-) y con el barniz de la formación profesional dual del modelo alemán al que dice (y pretende) parecerse, sigue siendo un contrato de baja utilización por las empresas como evidencian los datos del SEPE. En enero de 2017 se concertaron a nivel nacional 6028 contratos para la formación y el aprendizaje (hombres 2649, mujeres 3379) apreciándose, sin embargo, un leve incremento frente al mismo mes del año anterior (5322 contratos, enero 2016)[28].

3. ALGUNOS ASPECTOS DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE OBJETO DE REFLEXIÓN

Sin que merme el rigor que ha de presidir cualquier trabajo con la naturaleza del presente, pero siendo inevitable hacer selección de contenidos en este punto, comenzamos por una descripción somera del marco normativo del contrato para la formación y el aprendizaje para pasar inmediatamente, y ya sí con detenimiento, a analizar esos contenidos seleccionados de la edad, la formación y las condiciones de trabajo de tiempo y retributivas.

El, durante décadas, tándem de los contratos formativos (contrato en prácticas-contrato para la formación) se halla actualmente desmembrado en su regulación básica por efecto, sobre todo, de la introducción en nuestro sistema de relaciones laborales de la ya referida «formación profesional dual». Instrumento: el R.D. 1529/2012[29]. Siquiera todavía tienen en común el art. 11 E.T., cuyo apdo.

[27] Prados De Reyes, F.J.: "Modalidades contractuales y Política de empleo juvenil", *op. cit*., pág. 230.

[28] Por CCAA, Andalucía aparece a la cabeza (1218 contratos) seguida de Canarias (986 contratos), Comunidad de Madrid (791 contratos) y Comunidad Valenciana (661 contratos). A la cola, La Rioja (8 contratos), Comunidad foral de Navarra (19 contratos), Cantabria (25 contratos) e Islas Baleares (46 contratos) (https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2016/enero_2016/ESTADISTICA_DE_CONTRATOS_MES.pdf).

[29] El "histórico" R.D. 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos queda, a pesar de su rúbrica, como

2 sigue acogiendo la modalidad objeto de nuestro estudio. A más, conviene considerar también el paquete que conforman –como homónimos- el R.D.-l. 4/2013, de 22 de febrero, y la Ley 11/2013[30], así como, por otro lado y entre otra normativa de uso mucho menos frecuente-, la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (L.E.T.T.).

De hecho, dejando esta última al margen de manera puntual, la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje es novedosa, o lo es relativamente, por sentar sus bases en la –digamos- tradicional o clásica pero ser reescrita en una buena parte durante el binomio 2012-2013. La influencia de los efectos de la crisis económica sobre el empleo como motor de los cambios que se producen es más que notable; no sólo así se reconoce abiertamente, sino que pasa a formar parte de la propia ordenación normativa (*vid* de seguido respecto del requisito de la edad). Sea como fuere, en fin, todas ellas son fuentes desde las que parte nuestro siguiente análisis sobre algunos aspectos del contrato para la formación y el aprendizaje.

3.1. La edad: su progresiva ampliación, y con ello cierta desvirtuación de la modalidad contractual

La naturaleza si no completa sí predominante de medida de fomento del empleo que ostenta el contrato para la formación y el aprendizaje queda revelada en elementos como el de la edad. No en vano, se trata ésta de una modalidad contractual mayormente reservada a jóvenes, en un sentido propio al tiempo que variable del término[31]. Puede celebrarse este tipo de contratos formativos, así, «(…) con trabajadores mayores de dieciséis y menores de veinticinco años (…) límite máximo de edad (que) no será de aplicación cuando el contrato se concierte con personas con discapacidad ni con los colectivos en situación de exclusión social previstos en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción (…)» [art. 11.2.a) E.T., y, de manera concordante, art. 6 R.D. 1529/2012].

Esta cuestión de la edad ha estado presente en todo momento en la ordenación del contrato para la formación y el aprendizaje –contrariamente a la del

regulación reglamentaria solamente para el contrato en prácticas desde la entrada en vigor del referido R.D. 1529/2012 el 10 de noviembre de 2012.

[30] No se omite –ya ha podido verse *supra*- el estudio de otros "instrumentos de la reforma laboral", como es el caso de la Ley 3/2012.

[31] Nuestro homenajeado ya ponía el acento en este hecho de que se trata de una modalidad específica, especialmente ésta, destinada a fomentar el empleo de jóvenes trabajadores, sin desdeñar con ello su finalidad formativa (PRADOS DE REYES, F.J.: "El nuevo régimen jurídico de los contratos de trabajo en prácticas y para la formación", *Temas Laborales*, núm. 2, 195, págs. 42-43).

de prácticas, centrado por su parte en el elemento del nivel de cualificación profesional ostentado-. Ello no obstante, dicha ordenación ha ido mutando con el tiempo en pos de su utilidad como recurso para procurar empleo al segmento de población que conforma su ámbito subjetivo. El Prof. PRADOS, pionero en su estudio, ya detectó la deriva que traería esta cuestión desde las primeras versiones –digamos- históricas, poniendo de relieve esta función principal de fomento, a más de la de esclarecimiento[32], y en nuestros días la edad se encuentra ampliada a «los trabajadores menores de 30 años» (disp. trans. cuarta R.D. 1529/2012) de forma previsiblemente transitoria [«Hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del quince por ciento (…)» (disp. trans. segunda E.T., tras quedar derogada la disp. trans. novena Ley 3/2012)].

Lo que sucede entre su habilitación para «mayores de dieciséis años (…) hasta el cumplimiento de la edad de dieciocho años con reducción de jornada» (art. once.cinco E.T. 1980) y la actual horquilla de entre dieciséis y treinta es, obviamente, una notable ampliación de margen, pero también –y, añadimos, sobre todo- una reconfiguración cierta del escenario en el que puede desenvolverse. Así pues, de ser sólo para quienes o no estudian o lo hacen pero no tienen suficiente formación ha pasado a ser también una oportunidad extra de formación si las anteriores fracasan, o se abandonan, o no encajan en el mercado. En otras –y mejores- palabras: «El progresivo incremento de la edad permitida para celebrar estos contratos viene respondiendo más a criterios de oportunidad en la extensión de su cobertura en base a objetivos de empleo que a ninguna consideración que pudiera vincularse a la lógica de la capacitación que precisamente es la que otorga identidad a esta modalidad contractual»[33]. Queda a un lado, discurso obliga, el asunto de la irrelevancia de la edad para otros colectivos (*vid supra*).

A mayor abundamiento aparece, o reaparece, en escena la cuestión de la condición para la vigencia de dicha ampliación hasta los 30 años: que la tasa de desempleo supere el 15%, sin más matiz ni singularización. Lo que se revela en este punto es que la regulación del requisito de la edad en el contrato para la formación y el aprendizaje se hace depender de un acontecimiento que guarda poca, o menos aún, relación con su ámbito subjetivo –con sí mismo, en puridad, habría que decir-. Así es en tanto en cuanto la tasa de desempleo expresa el balance de la relación entre el volumen de población activa y quienes se encuentran buscando activamente empleo con independencia de cualquier otro elemento. O dicho

[32] *Ut supra*, págs. 43-45: «Con independencia de la valoración que ello merezca desde el punto de vista de la adecuación de medidas destinadas a fomentar el empleo de jóvenes trabajadores, la expresada modificación ha venido también a corregir determinadas deficiencias de carácter técnico originadas por la ambigüedad interpretativa a que daba lugar la primitiva redacción del precepto» (pág. 44).

[33] Prados De Reyes, F.J.: "Modalidades contractuales y políticas de empleo juvenil", *op. cit*., pág. 618.

con cifras: en el segundo trimestre de 2017, la –sinónima- «tasa de paro» es del 17,22%, lo que representa a su vez -2,78 puntos de variación interanual, y augura entonces un probable fin de la comentada ampliación de edad a un año vista; entretanto, la misma variable (tasa) entre la población de 25 a 29 años es del 22,90% (-3,10 puntos de variación respecto del segundo trimestre de 2016), de 20 a 24 años es del 36,15% (-7,18 puntos) y de 16 a 19 años es del 55,98% (-7,54)[34]. Con un panorama como éste y ante un futuro próximo similar al pasado reciente (datos estadísticos en mano, ¿ciertamente se justificaría volver a limitarlo "por arriba" a los menores de 25 años? Sería un sinsentido, en nuestra opinión.

3.2. La formación en el contrato (o algo es algo)

Sin perjuicio de lo que ya se ha comentado *supra* sobre el particular, y lo que aún queda por decir *infra*, este tema de la formación, referido al contrato que nos ocupa, es de obligado análisis por separado. Como resulta de sobra conocido, no es circunstancial que se dé tal formación bajo el régimen de esta modalidad pues se trata de un elemento consustancial a la misma ("para la formación", y el aprendizaje).

Es tradicional recurrir a lo dispuesto en el art. 11.2.a) E.T. para descubrir el tipo de formación que ha de compaginarse con la prestación de servicios y, por ende, la que habilita la utilización del antedicho contrato. Así, hoy en día éste «se podrá celebrar con trabajadores (…) que carezcan de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas» además de con aquéllos «que cursen formación profesional del sistema educativo»[35]. El art. 6 R.D. 1529/2012, por su parte, lo explica con la expresión: «que carezcan de la cualificación profesional obtenida y reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas para el puesto de trabajo u ocupación objeto del contrato».

La regulación de presente, ahora bien, dista de reproducir redacciones pasadas, ahondando de tal modo en la ya comentada senda hacia la desidentificación misma del contrato para la formación y el aprendizaje[36]. Lo que aquí sucede es

[34] Última Encuesta de Población Activa disponible en http://www.ine.es/ (resultados nacionales «tasa de paro por sexo y grupo de edad» extraídos, concretamente, de http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4086&L=0).

[35] La modificación se opera a través de la Ley 3/2012 para, según su Preámbulo, «potenciar el empleo juvenil mediante la supresión de limitaciones injustificadas».

[36] Quizás por ello precisamente se ha retitulado de tal modo [*ex* R.D.-l. 10/2011: «nuevo contrato para la formación y el aprendizaje» (Preámbulo) y ya no ha de llamarse más contrato para la formación.

que de ser una solución para «la obtención de unos conocimientos prácticos profesionales pero acompañada de la percepción de unos *ingresos* económicos»[37] ha pasado a poco más que una medida entre las demás de fomento del empleo, eminentemente de la población juvenil, para cuya utilización se requiere que entre en alternancia con actividades formativas. Se abren de este modo fisuras en la línea que separa éste y el contrato en prácticas, por cuanto ya no es seguro que la persona contratada para la formación y el aprendizaje carezca del nivel de estudios habilitante para el segundo [«(…)título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente, o de certificado de profesionalidad de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, que habiliten para el ejercicio profesional (…)» *ex* art. 11.1 E.T.].

Y si bien la cuestión es extensa, prolija su regulación y abundantes los comentarios que sugiere, entendemos que el principal interés se encuentra en el significado y alcance de la actividad formativa, partiendo de la base de lo prescrito por el art. 16 R.D. 1529/2012. Así pues, de forma sintética y directa, tiene que ser una «(…) formación inherente al contrato (…)» que, además, se corresponda «(…) con un título de formación profesional de grado medio o superior o con un certificado de profesionalidad (…)» (art. 16.4 R.D. 1529/2012). Atrás queda, aunque no por ello en el olvido, el "beneplácito normativo" para que, en defecto de título o certificado, se faciliten «(…) los contenidos mínimos orientativos establecidos en el fichero de especialidades formativas (…)» y –para rematar- en defecto de esto último, «los contenidos formativos determinados por las empresas o comunicados por *éstas*» a los servicios públicos de empleo (estatal y autonómicos) (apdo. 2 disp. trans. octava Ley 3/2012)[38]. Tanta ha sido la extensión de nuestro sistema educativo en estos últimos años, ampliado hasta las propias empresas, y sin necesidad de acreditación, habilitación u homologación alguna por parte de ningún departamento ministerial.

Traídas a este punto las reflexiones hechas en líneas anteriores, acerca de la financiación de la formación, su acreditación, etc., y emplazando a continuar en las subsiguientes para temas temporales y económicos, terminamos con un comentario –valga la expresión- sobre su terminación. Estamos refiriéndonos al fin del "estado de formación y aprendizaje", no al fin de la relación laboral forma-

[37] Prados De Reyes, F.J.: "Los contratos de trabajo en prácticas y para la formación: modificaciones a su régimen jurídico (I)", *Actualidad Laboral*, vol. I, 1985, pág. 969.

[38] Sobre esta disposición han ido aplicándose sucesivas prórrogas que han terminado por extender su aplicación hasta el 31 de diciembre de 2015 (apdo. 2 art. único Orden ESS/1249/2015, de 19 de junio, por la que se amplía el plazo previsto en la disposición transitoria octava de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, relativa a los contratos para la formación y el aprendizaje).

lizada en el contrato. Y es que puede que solamente sea por causa de la edad (la edad máxima, claro está) que deje de haber posibilidades de continuación de esta contratación formativa, tal y como se encuentra configurada la cuestión, tanto por la laxitud en la ordenación del requisito de procurar formación con el contrato, como –recuérdese- por la inaplicación de la prohibición de encadenamiento de contratos del art. 15.5 E.T.

3.3. Condiciones de trabajo devaluadas. Referencias al tiempo de trabajo y la retribución-cotización

El devenir del contrato para la formación y el aprendizaje, como ya afirmara el Prof. PRADOS, no se corresponde con las expectativas generadas desde la valoración en el momento de la planificación hasta la práctica «por los resultados de su aceptación ni por la incidencia real en la evaluación del mercado de trabajo»[39]. Pero se sigue incidiendo en él, ahora bien, cada cierto tiempo, tocando y retocando su régimen jurídico, por distinto flancos, tratando de dar de tal modo con la "fórmula del éxito" en términos de empleo. Veamos seguidamente en qué medida se traduce esto sobre las condiciones de trabajo, concretamente las temporales y económicas, de esta modalidad contractual.

Comenzando con el tiempo de trabajo, el para la formación y el aprendizaje es, de entrada, un contrato portador de un signo de calidad en el empleo cual es el hecho –como se sabe- de que solamente puede suscribirse a tiempo completo. En concreto, y mismamente desde su ordenación primera, tiempo de trabajo efectivo y tiempo dedicado a las actividades formativas ha de compatibilizarse a razón de 75%-25% (máx.) durante el primer año y 85%-15% (máx.) durante el segundo y tercero [arts. 11.2.f) E.T. y 8.2 R.D. 1629/2012]. En cierta medida, ahora bien, lo que así se configura es una suerte de contrato de trabajo a tiempo parcial para jóvenes apto *ex lege* para «no *limitar* la prosecución de los estudios o actividad asimilada» a la manera –*mutatis mutandis*- de la autorización para trabajar de las personas extranjeras admitidas en España «a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado» (arts. 33.4 LOE y 42 R.LOE). La prohibición de realizar horas extraordinarias "no urgentes" o "de realización optativa", trabajos nocturnos o trabajo a turnos bien puede responder a ello igualmente [arts. 11.2.f) E.T. y 8.4 R.D. 1629/2012] a pesar de que el art. 8.1 R.D. 1529/2012 establezca –diríamos que de manera testimonial- que «los contratos para la formación y el aprendizaje no podrán celebrarse a tiempo parcial (…)». Y luego está el tema, «en los supuestos en que la jornada diaria de trabajo incluya tanto tiempo de trabajo efectivo como actividad formativa», de

[39] Prados De Reyes, F.J.: "Los contratos de trabajo en prácticas y para la formación: modificaciones a su régimen jurídico (I)", *op. cit.*, pág. 969.

«los desplazamientos necesarios para asistir al centro de formación», que está resuelto por el art. 8.3 R.D. 1529/2012 computándose como tiempo de trabajo efectivo no retribuido y, por tanto, en contradicción con lo dispuesto por los arts. 11.2.g) E.T. y 9 R.D. 1529/2012 (*vid infra*). De este modo se desacompasan las reglas aplicables al cómputo del tiempo de trabajo y las referidas al cálculo de la retribución, añadiendo una nota más de precariedad a un contrato "al que era lo que le faltaba".

Junto con la regulación recién comentada –no se revela nada nuevo a continuación- la retribución también queda ajustada, demarcada, "según convenio" y «en proporción al tiempo de trabajo efectivo» con el límite del salario mínimo interprofesional equivalente [arts. 11.2.g) E.T. y 9 R.D. 1529/2012] sumado, en su caso, el valor de las horas extraordinarias autorizadas y no compensadas con descansos (art. 27.2 R.D. 1529/2012). Sin ser, técnicamente, un contrato a tiempo parcial, éste para la formación y el aprendizaje se comporta como tal igual en términos económicos; y más aún considerando conjuntamente el recién comentado tratamiento que se confiere al tiempo empleado en los desplazamientos necesarios para asistir al centro de formación cuando la jornada diaria de trabajo incluye actividades tanto laborales como formativas (tiempo de trabajo efectivo –recordamos- no retribuido *ex* art. 8.3 R.D. 1529/2012). Es oportuno volver a acudir a las reflexiones del Prof. PRADOS para subrayar que «el respeto a los mínimos imperativos opera tanto para la autonomía individual como colectiva, sin que se acepte ningún otro criterio de inferior retribución (…), como no sea el de la edad del trabajador, según las categorías retributivas en las que opera»[40].

Si al menos la cotización se produjera acorde con las «normas legales de cotización» "de tipo general" (hoy por hoy dispuestas en el Capítulo I Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2017) cabría –pensamos- algún cuestionamiento al calificativo de devaluadas para las condiciones de trabajo del contrato para la formación y el aprendizaje. Ahora bien, esas "normas generales" se vienen transmutando en una cotización de cuota única mensual concretada en este momento como sigue (art. 44 Orden EES/106/2017):

«1. Durante el año 2017, la cotización a la Seguridad Social y demás contingencias protegidas por los trabajadores que hubieran celebrado un contrato para la formación y el aprendizaje se efectuará de acuerdo con lo siguiente:

[40] Prados De Reyes, F.J. "Los contratos de trabajo en prácticas y para la formación: modificaciones a su régimen jurídico (y II)", *Actualidad Laboral*, vol. I, 1985, pág. 1021.

a) La cotización a la Seguridad Social consistirá en una cuota única mensual de 40,13 euros por contingencias comunes, de los que 33,46 euros serán a cargo del empresario y 6,67 euros a cargo del trabajador, y de 4,60 euros por contingencias profesionales, a cargo del empresario.
b) La cotización al Fondo de Garantía Salarial consistirá en una cuota mensual de 2,54 euros, a cargo del empresario.
c) A efectos de cotización por formación profesional, se abonará una cuota mensual de 1,39 euros, de los que 1,23 euros corresponderán al empresario y 0,16 euros al trabajador.
d) Cuando proceda cotizar por desempleo, la base de cotización será la base mínima correspondiente a las contingencias por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, a la que será de aplicación el tipo y la distribución del mismo a que se refiere el artículo 32.2.a).1.º
e) Durante la percepción de la prestación por desempleo, la cotización a la Seguridad Social se efectuará conforme a lo previsto en el artículo 8.6.
f) Las retribuciones que perciban los trabajadores en concepto de horas extraordinarias estarán sujetas a la cotización adicional regulada en el artículo 5»[41].

Sí que hay que poner en valor –cómo no hacerlo- la significativa ampliación del radio de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, como de hecho se anticipa en las líneas precedentes, después de décadas de confinamiento a «las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes, prestación económica correspondiente a los períodos de descanso por maternidad y pensiones» (*v.g.*, *ex* disp. adic. sexta R.D.Leg. 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social). Actualmente, «la acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación y el aprendizaje *comprende* todas las contingencias protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. Asimismo, se *tiene* derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial» [arts. 11.2.h) E.T. y 26 R.D. 1529/2012].

[41] Cfr. art. 27 R.D. 1529/2012: «1. En aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, la cotización a la Seguridad Social, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional en los contratos para la formación y el aprendizaje se efectuará en la forma y cuantía que se determine en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. La cotización por la contingencia de desempleo se efectuará de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional cuadragésima novena del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

2. Las retribuciones que, en el supuesto previsto en el artículo 35.3 del Estatuto de los Trabajadores, perciban las personas trabajadoras contratadas para la formación y el aprendizaje en concepto de horas extraordinarias estarán sujetas a la cotización adicional correspondiente».

4. CONTRATACIÓN PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE POR MEDIO DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: LA TRANSFORMACIÓN DE UN MODELO

De sobra es conocido que en nuestro sistema de relaciones laborales común, o estándar, el sujeto empleador lo es cuando recibe la prestación de servicios tanto de personas encuadrables en el marco del art. 1.1 E.T. como de «personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas» (art. 1.2 E.T.). Y acto seguido, hasta hace pocas fechas, el contrato para la formación y el aprendizaje marcaba la excepción a ello por cuanto era incompatible con el esquema de la cesión de trabajadores –huelga decir que la legal, como se sienta en el art. 43 E.T.- *ex* art. 10.2 L.E.T.T. (vigente hasta el 23 de febrero de 2013 por disp. fin. duodécima R.D.-l. 4/2013).

Amparada en el alarmante balance de personas desempleadas entre la población joven, al tiempo que en la eficaz labor de las empresas de trabajo temporal, el R.D-l. 4/2013 procedió a legalizar la cesión de trabajadores en el marco de contratos para la formación y el aprendizaje –se entiende- suscritos del 24 de febrero de 2013 en adelante, coincidiendo con su entrada en vigor, lo cual luego reafirmó la Ley 11/2013[42]. De tal modo se recoge en el art. 6 bis R.D. 1529/2012, con la concreción del régimen de responsabilidades en orden a «las obligaciones relativas a los aspectos formativos del contrato» (Capítulo II del Título II) y que «se podrá impartir en la propia empresa de trabajo temporal siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 18.4»[43].

[42] «Los cambios en materia de contratos que pueden realizar las empresas de trabajo temporal se justifican por la necesidad extraordinaria y urgente de encontrar fórmulas para aumentar las contrataciones, sobre todo, de jóvenes en este caso cualificados pero sin experiencia asociada a dicha cualificación» (Preámbulo).

[43] El art. 18.4 R.D. 1529/2012 indica que ha de disponer de «instalaciones adecuadas y personal con formación técnica y didáctica adecuada a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional» (sin perjuicio de la realización de periodos de formación complementaria en los centros de "la red") y «estar autorizada para ofertar la formación de ciclos formativos y/o acreditada como centro para impartir la formación dirigida a la obtención de certificados de profesionalidad».

Por otro lado, el art. 20.1, parr. segundo, R.D. 1529/2012 señala que "en los supuestos de contratos para la formación y el aprendizaje celebrados por empresas de trabajo temporal, en el contrato de puesta a disposición entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria se designará a la persona de la empresa usuaria que se encargará de tutelar el desarrollo de la actividad laboral del trabajador y que actuará como interlocutora con la empresa de trabajo temporal a estos efectos, debiendo asumir esta última el resto de obligaciones relativas a las tutorías vinculadas al contrato y al acuerdo para la actividad formativa previstas en el presente y siguiente artículo". *Vid* (*ex*) disp. fin. cuarta.dos R.D.-l. 4/2013; y también disp. fin. quinta Ley 11/2013.

Da la impresión de que no es preciso ir más allá de elementos como éste, o como el de la ampliación de la edad (*vid supra*), para concluir que las reformas laborales acometidas en nuestro país durante la última crisis económica han provocado la desnaturalización, en mayor o menor medida, de instituciones jurídicas consolidadas como, precisamente, el contrato para la formación y el aprendizaje o la prestación de servicios a través de empresas de trabajo temporal. Referido a esto último, pero sin desconectar del todo de lo primero, su razón de ser principal de asumir en gran parte el rol de empleadores para con las empresas usuarias vía contratación temporal estructural queda desvalorizada al sumar la posibilidad de contratar para la formación y el aprendizaje –a más de en prácticas, quede siquiera mencionado, por mor de lo actuado por la Ley 11/2013-. Parece razonable deducir, pues, que las actividades de las empresas de trabajo temporal quedan de este modo reorientadas hacia el terreno de la intermediación en detrimento de su función de colocación[44].

Cabría plantearse, ahondando en este tema, qué puede llegar a suceder cuando la especial protección que merecen los trabajadores inmersos en prestaciones de servicios en régimen de cesión se ve comprometida por incluir a los contratados para la formación y el aprendizaje. Dicho de otro modo: nos preguntamos por qué se antoja insuficiente el hecho de autorizar a las empresas de trabajo temporal como agencias de colocación para procurar una ocupación con componentes formativos y, por ende, se abre la puerta a su intervención directa como empleadores. Y la respuesta a la que llegamos es que el modelo contractual laboral se ha transformado –o quizás aún esté en ello- bajo el lema de "todo para la cantidad del empleo pero sin la calidad del empleo", reconvirtiendo –por lo que al presente respecta- el contrato "para la" formación y el aprendizaje en un contrato "con" formación –y, si acaso, aprendizaje-, y la actividad de las empresas de trabajo temporal en otra solución más de intermediación[45], cada vez menos diferenciada del resto, en contra –si no frontalmente sí de manera indirecta- de lo dispuesto en el art. 1.3 Directiva 2008/104/CE sobre su no aplicación «a los contratos de trabajo o relaciones laborales concluidos en el marco de un programa —público específico o apoyado por los poderes públicos— de formación, inserción y reconversión profesionales».

[44] De referencia para profundizar en esta cuestión, sobre todo págs. 189-192, Pérez Guerrero, M.L. y Rodríguez-Piñero Royo, M.: "El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005.

[45] «(…) en una clara apuesta por las ETT como promotoras de empleo y en defensa del papel que juegan como intermediadoras laborales se incrementa su segmento de actuación (…)» es lo que concluye Martín Barreiro, M. *La contratación temporal laboral causal*, Tesis Doctoral, Valencia, 2015, pág. 181 (en http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/41799/TESIS%20COMPLETA.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

5. REFLEXIONES FINALES

Los vaivenes normativos constantes ponen de manifiesto que la modalidad contractual del contrato para la formación y el aprendizaje ha respondido a los dos objetivos y necesidades apuntadas (contrato de causa mixta) con distinta intensidad dependiendo del momento y contexto de las relaciones laborales y que resulta difícil prescindir de alguna de aquellas dimensiones siendo clave alcanzar un óptimo equilibrio; lo formativo y lo ocupacional aparecen íntimamente conectados: se forma para emplear y se empleará, con más facilidad, con formación. Además, la formación adaptada a las necesidades reales del mercado determinará que se esté en mejores condiciones de acceso a un empleo también después de la estricta vinculación a la empresa vía contrato para la formación y el aprendizaje. En ello, será esencial, lógicamente, el diseño y seguimiento de una formación de calidad (verdadera, efectiva y homologable capacitación y especialización profesional) a lo que contribuye el establecimiento normativo de obligaciones específicas dirigidas a cada una de las partes. La opción contraria, no asegura niveles adecuados de cualificación profesional y se concretará en escasa empleabilidad.

Se alejarán, sin embargo, de aquel equilibrio, la ampliación excesiva del límite de edad para concertar este contrato[46], del ámbito subjetivo al margen de aquella o la fijación de débiles exigencias formativas (sujeto/órgano que imparta la formación[47], tiempo en el que se imparta[48], escaso control). En relación a esta

[46] Se afirma, incluso, que la ampliación excesiva de la edad desnaturaliza el contrato. Sin embargo, también se entiende que tal desnaturalización del contrato no es tal en la medida en que la configuración de la falta de formación de la persona contratada como una condición "sine qua non" para poder formalizar el contrato, garantiza su identidad, de manera que sólo podrían ser contratados mediante esta modalidad contractual los jóvenes entre 25 y 29 años si carecen de una cualificación profesional necesaria para desarrollar un determinado trabajo (Apilluelo Martín, M.: *El contrato para la formación y el aprendizaje: la formación profesional como clave,* Albacete, Bomarzo, 2014, pág. 112).

[47] El R.D.-l. 10/2011 recogería como únicos centros formativos en los que se podía impartir la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje los centros formativos de la red prevista en la Ley Orgánica 5/2002, obligando a las empresas a externalizar dicha formación. Esta profesionalización de la formación impartida suponía una clara apuesta por su calidad cuyo rigor vuelve a minorar la reforma laboral de 2012 que retoma el modelo anterior. Se prevé nuevamente que se pueda recibir la formación en la propia empresa cuando la misma disponga de las instalaciones y el personal adecuados a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional del art. 11.2.e) ET.

[48] En este punto ha de ser objeto de crítica el nuevo régimen tras la Ley 3/2012 que deja en una indeterminación total el momento a partir del cual ha de comenzar la actividad formativa que debe recibir el trabajador en alternancia con la actividad laboral retribuida en la empresa. Ello, como expresa SUÁREZ CORUJO, devalúa su contenido y su vinculación con el componente laboral de la relación contractual ("La nueva regulación del contrato para la formación y en aprendizaje: desequilibrio y ¿provisionalidad?" en *La regulación del mercado laboral,* AA.VV., García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J.r. (dirs.), Valladolid, Lex Nova, 2012, pág. 105).

última cuestión, ha de ser valorado muy positivamente el incremento cualitativo de los mecanismos de vigilancia, control y tutorización (interna en la empresa y externa del centro educativo), del proceso formativo (art. 20 R.D. 1529/2012). *A contrario*, en nada beneficia al aludido equilibrio, la excesiva permisibilidad en materia de encadenamiento de contratos para la formación y el aprendizaje. Tal posibilidad, admitida ahora a nivel legal, cuando la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional, puede dar lugar a una postergación en la precariedad a través de sucesivos aprendizajes. La opción sería limitar esta flexibilidad (*v.g.* máximo 2 contratos) que supone, en definitiva, la aceptación de un fracaso[49] pues presupone que el trabajador que ya ha concertado un contrato para la formación y el aprendizaje y obtenido una cualificación profesional, no consigue acceder de forma ordinaria al mercado de trabajo. Valórese además, que ello, combinado, con los excesos legales en materia de edad puede dar lugar a la sucesión de múltiples y diversos aprendizajes de los 16 a los 30 años (en el supuesto general) incluso en la misma empresa. Aquí el objetivo de inserción laboral a toda costa para luchar contra el desempleo juvenil -aun con condiciones laborales devaluadas- prevalece sobre cualquier otro. Es más, la posibilidad de contratar a determinados colectivos sin límite de edad puede conducir en la práctica a que estos trabajadores se perpetúen en su condición de trabajadores en formación sin poder alcanzar su inserción en el mercado ordinario de trabajo.

Sometido a un juicio de carácter cuantitativo, los resultados que se obtienen no son expresión elocuente de su utilidad generadora de empleo entre la juventud. Concretamente, en 2011 rondaron los 60.000, y prácticamente igual cifra se dio en 2012 –con un incremento casi anecdótico de menos del 1%-. Entre 2013 y 2015, sin embargo, las cifras se dispararon cerca de un 300% en cómputo final total (106.000, 140.000 y 180.000, respectivamente). Pero en 2016 se produjo un descenso vertiginoso, próximo a una caída libre, rayano en un 75% (el registro cuenta poco más de 46.000)[50]. Conclusión: si no es del todo inservible para procurar un trabajo a quienes quedan amparados por su ámbito subjetivo, sí que se trata de una solución válida en hipótesis que no se materializa en la realidad como podría esperarse.

[49] El nuevo régimen del contrato para la formación y el aprendizaje se aleja con reglas como estas del modelo alemán al que quiere parecerse, esto es, la obtención de una formación profesional destinada a cubrir un puesto de trabajo necesario en la empresa con carácter permanente, de tal manera que, una vez obtenida esa formación, el trabajador pasara a formalizar un contrato indefinido en la empresa que previamente le ha dado la formación (ROMERO BURILLO, A.M., "El contrato para la formación y el aprendizaje como mecanismo de fomento de la inserción laboral de los jóvenes…, *op. cit*., pág. 321).

[50] La información está extraída del documento «Datos estadísticos generales. Agosto 2017» (disponible en https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2017/agosto_2017/RESUMEN_MES.pdf).

La devaluación de condiciones justificada por fines de mantenimiento de empleo prevalece, por su parte, en la regla que incorpora la Ley 11/2013 en materia de encadenamiento del contrato para la formación y el aprendizaje y el contrato en prácticas. Ahora, el certificado de profesionalidad obtenido como consecuencia de un contrato para la formación y el aprendizaje desarrollado en la misma o distinta empresa permite concertar un contrato en prácticas. Extremo también criticable que responde a estrictos criterios de empleo y se aparta de forma absoluta de la lógica de los contratos formativos pues ese trabajador ahora contratado en prácticas ya habrá recibido formación, teórica y práctica, vía contrato para la formación y el aprendizaje. Es más, la contratación en la misma empresa se concretará en unos costes salariales minorados que beneficiarán a esta durante un largo periodo de tiempo (3+2 años o más en caso de sucesión de aprendizajes) y que perjudicarán al *trabajador de formación dilatada* y precario de larga duración. El aprendizaje supondrá, de esta forma, una fórmula de abaratamiento del trabajo de los jóvenes.

Hecha alusión a la cuestión económica, la insistencia –disimulada, e innecesaria- en que todo contrato para la formación y el aprendizaje se retribuya respetando el límite del salario mínimo interprofesional, en proporción al tiempo de trabajo efectivo, aviva suspicacias. El tratamiento que se dispensa en materia de protección social no las aplaca precisamente. La ampliación de las contingencias protegidas y, con ello, de la acción protectora, contribuyen a crear unas expectativas sobre la carrera de seguro que se desmoronan al instante cuando se constata la perpetuación de la fórmula de la "cuota única" y desconectada de los "salarios reales". Es más que dudoso que alguien bajo este régimen contractual y de aseguramiento –con él como antecedente inmediato, entiéndase- llegue a percibir alguna prestación del Sistema suficiente tanto en duración como en cuantía (art. 41 C.E.).

De otro lado, las continuas e intensas reformas del diseño normativo del contrato para la formación y el aprendizaje de los últimos años dirigidas al fortalecimiento de las exigencias formativas con el objetivo de proporcionar, de verdad, una cualificación profesional que sirva para el empleo (en ese momento a través del aprendizaje y, después, en el mercado de trabajo normalizado), se han visto difuminadas u oscurecidas por algunos extremos de su regulación que se encaminan, únicamente y sin fisuras, a facilitar la inserción laboral de colectivos que se encuentran sin empleo y sin formación, normalmente jóvenes, pero no sólo. Aquellas reformas en los extremos formativos del contrato van de la mano, además, de un intento de dignificación de las enseñanzas profesionales en general y de revitalización del contrato para la formación y el aprendizaje, de baja utilización en nuestro sistema. Ahora bien, en un contexto de lucha a la desesperada por reducir las tasas de desempleo juvenil, el legislador regula y reforma una y otra vez el contrato para la formación y el aprendizaje y, al mismo tiempo, incorpora

un abanico de fórmulas con suaves exigencias contractuales para el empresario (retribución, tiempo de trabajo…) que hacen una dura competencia a aquel, con mayores requisitos. Incluso, podría decirse que lo que el contrato para la formación y el aprendizaje no permite, ya lo hacen otras figuras (contrato a tiempo parcial con finalidad formativa, contrato eventual primer empleo joven, prácticas no laborales en empresas…). Todo ello con el objetivo de ofrecer *algo* al desempleado joven, aunque sea precario y por poco tiempo, lo cual se aleja bastante de una real garantía y pospone (que no soluciona) problema alguno.

CONTRATO DE TRABAJO EN PRÁCTICAS: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

"Cuando los alumnos construyen unos buenos conocimientos básicos, resuelven satisfactoriamente problemas significativos y alcanzan una sensación de dominio de su aprendizaje, la motivación sigue al buen aprendizaje como la noche sigue al día".
Biggs, J. (1999)[1]

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL CONTRATO.
2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE:
3. LIMITACIONES A LA CONCERTACIÓN DEL CONTRATO EN PRÁCTICAS.
4. CONVERSIÓN DEL CONTRATO EN INDEFINIDO. INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS.
5. INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN EN PRÁCTICAS E INCENTIVOS A LA CONVERSIÓN EN INDEFINIDO.
6. CONTRATO EN PRÁCTICAS Y PUESTA A DISPOSICIÓN.
7. ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE LA REALIDAD QUE RODEA A LOS JÓVENES Y CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

[1] BIGGS, J.: Calidad del Aprendizaje Universitario. Madrid, Narcea, 1999, página 61.

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL CONTRATO

El desempleo juvenil es una de las principales preocupaciones de nuestra sociedad y pone de manifiesto las graves disfunciones que concurren en el mercado de trabajo español. Ahora bien, hay que resaltar que la empleabilidad de los jóvenes y la atención que como colectivo con dificultades de inserción sociolaboral había merecido una atención legal escasa y centrada en institutos tradicionales, como la edad de admisión al trabajo, los contratos formativos y los incentivos a la contratación[2].

Todo el proceso de destrucción de empleo que se inició en España en 2007 ha incidido de forma especialmente negativa en la tasa de desempleo juvenil que no solo representa un problema estructural, pues se ha agravado con la crisis y afecta a la situación de la población más joven y al crecimiento potencial de la economía española a largo plazo.

Los contratos formativos desde su reformulación en los años ochenta (art. 11 ET, 1980) han sido objeto de múltiples reformas legales, si bien éstas más incisivas en el contrato para la formación y el aprendizaje que en el contrato en prácticas. Se ha debilitado su componente formativo frente al de inserción profesional, ello ha conseguido precarizar ambos contratos a cambio de aumentar su utilización[3].

Según se ha puesto de manifiesto por la doctrina científica, la intervención del legislador en las modalidades de contratación analizadas para modificar su naturaleza y régimen jurídico tradicional está motivado por razones vinculadas al fomento del empleo juvenil[4].

---

[2] Véase al respecto GRAU PINEDA, C.: "El empleo juvenil incentivado: entre la inutilidad manifiesta y la obcecación legislativa" (1). Trabajo y Derecho, nº 33, 2017. Editorial Wolters Kluwer, págs. 1 y ss. (Edición electrónica).

[3] La rúbrica del artículo 11 ET fue modificada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Además, este artículo fue inicialmente modificado por: Art*ículo* Único Ley 32/1984, de 2 de agosto sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores.

Y dicho artículo fue derogado por: Disposición Derogatoria Única Ley 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas urgentes de fomento de la ocupación. Y fue introducido por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Y, por último, ha sido modificado sucesivamente por : -Art. 1.2 Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo de Medidas Urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida.

– Art. 1.2 Ley 63/1997, de 26 de diciembre de Medidas Urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida.

[4] Véanse, principalmente, PRADOS DE REYES, F. J.: "Modalidades contractuales y política de

El contrato de trabajo en prácticas tiene por objeto la obtención por el trabajador de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados. No se trata únicamente de adquirir experiencia en un trabajo determinado, sino también de que esa experiencia actúe sobre los estudios cursados.

Hoy, ya superada la primera década del Siglo XXI y a punto de iniciar la segunda década, es preciso poner de manifiesto sobre el contrato de trabajo en prácticas lo que fue[5] y lo que es en el presente. A ello, darán respuesta las páginas siguientes.

2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

2.1. Definición y normativa reguladora

Se habla de contrato de trabajo en prácticas para referirse al concertado con el trabajador que estuviese en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente, o de certificado de profesionalidad, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, que habiliten para el ejercicio profesional. Por lo que su objeto fundamental consiste en proporcionar al trabajador la necesaria formación práctica que mejore su nivel formativo y su posición en el mercado de trabajo facilitando su inserción laboral. No se trata únicamente de adquirir experiencia en un trabajo determinado, sino también de que esa experiencia actúe sobre los estudios cursados.

El objetivo puesto de manifiesto se encuentra expresamente previsto en la normativa reguladora del contrato, pues establece que el puesto de trabajo deberá

empleo juvenil". En VV. AA., Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, monografías, Temas Laborales, nº 52, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, 238; y GRAU PINEDA, C.: "El empleo juvenil incentivado: entre la inutilidad manifiesta y la obcecación legislativa", op. cit., pág.6.

[5] Redacción inicial, ET de 1980, del **artículo 11. Trabajo en prácticas y para la formación:**

"1. Quienes estuvieran en posesión de titulación académica, profesional o laboral reconocida, dentro de los dos años inmediatamente siguientes a la obtención de aquélla, pueden concertar contrato de trabajo en prácticas a fin de perfeccionar sus conocimientos y adecuarlos al nivel de estudios cursados por el interesado.

2. El contrato de trabajo en prácticas se formalizará siempre por escrito.

3. El contrato expresará las condiciones de trabajo y su duración, que no podrá ser superior a doce meses en total.

4. En caso de que el interesado se incorpore, sin solución de continuidad, a la empresa en que hubiera realizado las prácticas, el tiempo de éstas se deducirá del período de prueba, computándose a efectos de antigüedad."

permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados. Lo que se persigue es proporcionar a los trabajadores que acceden por primera vez al mercado de trabajo una determinada cualificación profesional, o lo que es lo mismo, proveer de la formación profesional práctica a los sujetos que sólo tienen conocimientos teóricos[6].

Por tanto, la normativa reguladora es, principalmente, el artículo 11.1 ET[7] y el capítulo 1, artículos 1 y siguientes del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 ET, en materia de contratos formativos.

Por lo que se refiere a los contratos en prácticas con trabajadores discapacitados la Disposición Adicional Vigésima, en su apartado 1, ET establece que las empresas que celebren contratos en prácticas con discapacitados tendrán derecho a una reducción, durante la vigencia del contrato, del 50 por 100 de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes.

También hay que tener presentes otras disposiciones que inciden directa o indirectamente en el contrato de trabajo en prácticas: -Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que aprueba el Estatuto del personal investigador en formación. -Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas. -Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. -Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo. Y -Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

2.2. Requisitos materiales y formales

El objeto de este contrato es que el trabajador, con una determinación formación teórica, adquiera una formación práctica que le sirva para completar

[6] Existe una amplia doctrina de las salas de lo social de nuestros tribunales de justicia, sobre estas cuestiones. Así, STS de 15 de marzo de 1996, rec. 3077/1994, STS de 29 de diciembre de 200, rec. 4464/1999 y STSJ de Madrid de 3 de marzo de 2011, rec.4213/2010.

[7] Este número ha sido modificado sucesivamente por: – Art. 12. Uno. Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Y – Art. 12. Uno. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

El artículo 13.1 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, establece que: "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11.1 ET podrán celebrarse contratos en prácticas con jóvenes menores de treinta años, aunque hayan transcurrido cinco o más años desde la terminación de los correspondientes estudios".

La Disposición transitoria primera de la Ley 11/2013, de 26 de julio, establece que: "Las medidas establecidas en los artículos 9 al 13 de esta ley se mantendrán en vigor hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento, tal y como se establezca reglamentariamente por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social".

su formación profesional y mejorar su competitividad dentro del mercado de trabajo[8].

Ello, da lugar a que se deban cumplir por las partes varios requisitos. Así, el trabajador para poder suscribir un contrato de trabajo de esta naturaleza debe poseer un título habilitante y que dicho título se haya obtenido en un plazo de tiempo anterior a la celebración del contrato. El empresario no tiene que cumplir ninguna condición especial para poder suscribir el contrato, pero una vez celebrado el mismo tiene la obligación de dar ocupación efectiva al trabajador en un puesto de trabajo acorde con su titulación.

Se trata de contrato que se formaliza por escrito y en modelo oficial[9]. Además, el contrato y, en su caso, las prórrogas del mismo se registrarán por el empresario, en el plazo de los 10 días siguientes a su celebración, en la correspondiente oficina de empleo. Y también está obligada la empresa a comunicar la terminación del contrato, en igual plazo[10].

Se presumirá celebrado por tiempo indefinido cuando no se hubiesen observado las disposiciones sobre exigencia de forma escrita, salvo que la empresa acredite la naturaleza temporal. Lo mismo sucede en el caso de que el contrato se celebre a tiempo parcial.

En lo que afecta a los requisitos, es preciso analizarlo y destacar las cuestiones problemáticas:

a. Disponer de la Titulación adecuada[11]. La ausencia de título habilitante suficiente transforma el contrato en prácticas en un contrato indefinido ordinario.

[8] La STSJ de Galicia de 14 junio de 2010, entre otras, señala que la finalidad del contrato no se cumple si quien contrata lo hace torticeramente a fin de ahorrar la contratación de un trabajador ordinario.

[9] Hay que puntualizar que el contrato deberá constar expresamente la titulación del trabajador, la duración del contrato y el puesto o puestos de trabajo a desempeñar durante las prácticas.

[10] Repárese que es de aplicación, como al resto de las modalidades contractuales, el art.8 ET.

[11] En la actualidad son títulos habilitantes que posibilitan la suscripción de un contrato en prácticas: -Licenciado Universitario, Ingeniero, Arquitecto, -Diplomado Universitario, Ingeniero técnico, Arquitecto técnico, -Técnico de formación profesional de grado medio, -Técnico Superior de formación profesional, -Títulos oficialmente reconocidos como equivalentes que habiliten para el ejercicio profesional, equiparables a los de grado medio o superior, y -Certificado de profesionalidad.

El art.11.1, apartado c) ET se refiere a este tema. Esta letra ha sido modificada por Disposición final segunda Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, y confirmada esta modificación por Disposición final segunda de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

Una aclaración es precisa en este sentido, pues las prácticas realizadas por estudiantes como parte integrante de sus estudios, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la normativa reguladora del contrato de trabajo en prácticas. También están excluidos los contratos en prácticas de los médicos internos residentes (MIR).

b. No haber transcurrido más de 5 años desde la terminación de los estudios o 7 años, si se trata de un discapacitado[12]. El límite de la antigüedad en la titulación no rige cuando se contrate a jóvenes menores de 30 años[13], ni cuando se trate de contratos suscritos con personal investigador[14]. El cómputo del plazo empieza a partir del momento en que finalizan los estudios, no es relevante la fecha en que se haya expedido el título. Y si se trata de titulaciones expedidas en el extranjero, el cómputo del plazo es desde la fecha de homologación del título en España. En principio, es irrelevante la edad del trabajador.

c. Correspondencia entre Titulación y Funciones asignadas. Se trata de un requisito que ha permanecido inalterado a lo largo de toda la vigencia del contrato. El puesto de trabajo debe ser adecuado para la obtención de la cualificación requerida. Se cierra la posibilidad de una utilización desviada de este contrato.

d. Jornada, puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial.

e. Duración: podrá concertarse por un período mínimo de 6 meses y un máximo de 2 años (art. 11.1.b) dentro de cuyos límites los convenios sectoriales estatales o de ámbito inferior en defecto de aquellos podrán determinar la duración del contrato dentro de las características y las prácticas a realizar. Si el contrato en prácticas se hubiera concertado por tiempo inferior a dos años, se podrán acordar hasta dos prórrogas, con una duración mínima de seis meses. Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad,

[12] En el caso de la contratación de trabajador discapacitado la Ley 24/2001, apartado 1 de la disposición adicional sexta, exige una discapacidad mínima del 33 por 100.

[13] El artículo 13.1 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, establece que: "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11.1 ET podrán celebrarse contratos en prácticas con jóvenes menores de treinta años, aunque hayan transcurrido cinco o más años desde la terminación de los correspondientes estudios".

La Disposición transitoria primera de la Ley 11/2013, de 26 de julio, establece que: "Las medidas establecidas en los artículos 9 al 13 de esta ley se mantendrán en vigor hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento, tal y como se establezca reglamentariamente por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social".

[14] Lo relativo al personal investigador está dispuesto en el artículo 22.1.a) de la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, de 1 de junio de 2011. Las especialidades del contrato en prácticas del personal investigador son analizadas en la STSJ de Canarias (Tenerife) de 2 de septiembre de 2013 (rec. 108/2013) y STSJ de Madrid de 14 de abril de 2009 (rec.773/2009).

adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad interrumpirán el cómputo de la duración del contrato.

f. El periodo de prueba no podrá ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 ó 2, ni a dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3, salvo lo dispuesto en convenio colectivo[15]. Si al término del contrato el trabajador continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo periodo de prueba, computándose la duración de las prácticas a efectos de antigüedad en la empresa.

g. Retribución: la fijada en convenio colectivo. En cualquier caso, no podrá ser inferior al 60% durante el primer año, y al 75% durante el segundo año de vigencia del contrato, del salario fijado en convenio colectivo para un trabajador comparable. Nunca inferior al salario mínimo interprofesional (SMI). Si está contratado a tiempo parcial, percibirá la retribución proporcional en función de la jornada realizada.

La STSJ de Asturias de 22 de noviembre de 2016 (AS 2016, 1707) estima vulnerado el derecho a la igualdad en relación con trabajadores contratados en prácticas en un organismo público.[16] Considera el Tribunal que siendo el empleador público una Administración pública no cabían diferencias retributivas entre los trabajadores en prácticas que habían sido contratados en virtud de subvenciones y planes de empleo distintos. Concluye el Tribunal que al existir homogeneidad sustancial en las condiciones laborales y categorías profesionales de ambos colectivos, existiría obligatoriedad de un igual trato retributivo[17].

h. Certificación de las prácticas. A la terminación del contrato el empresario deberá entregar al trabajador un certificado en el que conste la duración de las

[15] Nuestros tribunales de justicia (STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 2001, rec. 4893/2001; y STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999, rec.5294/1998) consideran que las reglas del convenio colectivo sobre periodo de prueba prevalecen sobre el ET. Pero también señalan (STSJ del País Vasco de 13 de octubre de 2004, rec. 1741/2004) que cuando el convenio colectivo no fija nada sobre el contrato en prácticas, se aplicará la regulación general del ET.

[16] Véase Goerlich Peset, J. M.; Esteve Segarra, A. Y López Balaguer, M.: "Contratación laboral". Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, n.197, abril 2017, págs. 88-89.

[17] Se ha de tener presente que la Sentencia comentada contiene un Voto Particular formulado por D. Francisco J. de Prado Fernández. El mismo señala la falta de un presupuesto válido de comparación, por la singularidad de los programas de subvenciones públicas y de las bases reguladoras en cuyo marco se habilitan las contrataciones en prácticas, la concreta normativa convencional reguladora de las relaciones laborales y la diferente titulación que tenían los trabajadores en prácticas que se trataba de comparar.

prácticas, el puesto o puestos de trabajo desempeñados y las principales tareas realizadas en cada uno de ellos.

Por último, hay que mencionar otra cuestión que también se debe tener presente. Se trata de la posible indemnización en caso de la finalización del contrato. En este sentido, desde septiembre de 2016, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratación laboral, ha provocado un intenso debate acerca de la regulación sobre la materia. Estas resoluciones han condenado de manera reiterada al Gobierno español por la falta de adecuación de nuestra legislación laboral a las previsiones contenidas en la Directiva de la Unión en materia de contratación de duración determinada.

A pesar de la amplitud del problema, el debate ha acabado centrándose en la indemnización que debe corresponder a todos los temporales con motivo de la extinción de cualquier contrato. Aunque, el problema principal en esta materia es: la excesiva tasa de temporalidad de nuestro mercado de trabajo, tradicionalmente la más elevada de todos los países de la Europa comunitaria y que vuelve a incrementarse apenas se produce la recuperación del empleo en nuestro mercado de trabajo. Ello se ve acentuado por la tendencia a la reducción de la duración media de los contratos de trabajo, así como de un incremento de los contratos de muy corta duración y, a la postre, la continuidad en el uso fraudulento de la contratación temporal legalmente permitida (Cruz Villalón, J.)[18].

La doctrina comunitaria no es aplicable a los contratos formativos, como es el contrato de trabajo en prácticas, tienen un régimen jurídico que no contempla indemnización alguna por su extinción cuando la causa de esta es su vencimiento, ni tan siquiera la de 12 días de salario por año de servicio prevista en el artículo 49.1 c) del ET, que expresamente les excluye del ámbito de aplicación de la misma. El régimen jurídico mencionado no queda alterado por la sentencia del TJUE, dictada en la cuestión prejudicial C-596/14 (asunto de Diego Porras). Así lo establece la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 14 de marzo de 2017, (rec. 458/2017): no aplicación doctrina "Diego Porras" a contrato de prácticas

[18] Véanse todos los comentarios al respecto de Cruz Villalón, publicados, principalmente en su Blog. Así, destacar que, según su opinión, "sería conveniente reconducir el debate a lo que continúa siendo la distorsión principal de nuestro mercado de trabajo: su elevada rotación a resultas de la excesiva tasa de temporalidad de la contratación laboral. La respuesta no puede ser sino sobre la premisa de establecer un régimen de intensa separación de tratamiento entre la contratación temporal justificada y la abusiva, con amplia permisión de la primera y contundente penalización de la segunda; en paralelo, la necesaria reorientación de nuestro modelo económico hacia un patrón de crecimiento basado en la innovación y la productividad, que fomente empleos más estables y desincentive la precariedad laboral; y sin olvidar la necesaria reestructuración del empleo público, donde las Administraciones Públicas adopten criterios de gestión de su personal mucho más racionales y que rompan con las lógicas perversas que desembocan en un abuso en su seno también de la contratación temporal".

porque "no es exportable a los contratos en prácticas, ya que en el caso de estos trabajadores, no hay trabajador fijo comparable"[19].

2.3. Particularidades de este contrato

Si con el contrato de trabajo en prácticas se pretende proporcionar al trabajador formación práctica referida a su titulación, es preciso que exista una correspondencia entre la titulación del trabajador y el contenido de la prestación de trabajo. Dicha correspondencia debe darse en dos sentidos ya que, primero, los trabajos encomendados han de corresponder al mismo sector productivo y área de conocimiento a que se refiere la titulación, y segundo las tareas asumidas han de corresponder al nivel formativo acreditado por la titulación[20]. Si la correlación no concurre, el contrato podrá entenderse que ha sido celebrado en fraude de ley[21].

Hay que señalar unas particularidades para el contrato en prácticas para menores de 30 años. Se trae a colación la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, en su artículo 11 modifica, introduciendo ciertas singularidades, la regulación del contrato en prácticas para los menores de 30 años. Así, en estos casos, y solo en estos casos, ya no es exigible el período máximo de 5 años desde la obtención de la titulación. Hasta la Ley 11/2013, el período máximo para la contratación desde la obtención del título tenía como objeto preservar su vinculación formativa, evitando su utilización abusiva cuando han transcurrido largos períodos de tiempo desde la finalización de la formación. Pero, desde 2013, más allá de la ampliación de este plazo utilizada por el legislador como medida de fomento del empleo para los trabajadores discapacitados, se apuesta por la supresión del referido plazo. Esta medida, dirigida a menores de 30 años, no solo tiene por objeto eliminar trabas, sino que, además supone ampliar el espacio temporal entre la finalización de la formación y la consecución de un empleo estable, dando cabida a otro tipo

[19] Hay que destacar que la Sentencia comentada tiene un voto particular. Considera el Magistrado Eguaras Mendiri que solo están excluidos de la doctrina del TJUE las posibles relaciones especiales, como por ejemplo las empleadas de hogar, donde normalmente no se tiene elemento comparable; en el resto siempre existe comparación y equiparación, porque la misma actividad productiva (en realidad, la misma temporalidad que atiende una circunstancia coyuntural de la empresa, pero actividad propia que ya se desarrolla por ella, nunca puede ser elemento de diferencia) siempre implica que haya trabajador fijo o indefinido comparable, incluso aunque no se le haya contratado todavía o su contrato no esté vigente, pues la actividad existe en la empresa. En otro caso casi siempre la contratación temporal resultaría fraudulenta.

[20] Así lo han puesto de manifiesto, entre otras, la STSJ de Galicia de 15 de marzo de 2010, rec. 5452/2009; y STSJ de Cantabria de 2 de junio de 2004, rec. 539/2004.

[21] Véanse STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de febrero de 2002, rec.222/2002; y STSJ de Valencia de 10 de octubre de 2002, rec. 1860/2002. En este sentido, ha puntualizado el Tribunal Supremo (S de 16 de febrero de 2009, rec.864/2008) que no es precisa una correspondencia absoluta entre la titulación y el trabajo.

de contrataciones, algunas laborales, pero también extra-laborales, como los contratos de becas y prácticas no laborales.

Por tanto, la Ley 11/2013 establece una excepción a las reglas de la edad para la celebración del contrato en prácticas. Las empresas (incluidos los trabajadores autónomos) que concierten un contrato en prácticas con un menor de 30 años, tendrán derecho a una reducción del 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante toda la vigencia del contrato. En los supuestos en que, de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas, el trabajador estuviese realizando dichas prácticas no laborales en el momento de la concertación del contrato de trabajo en prácticas, la reducción de cuotas será del 75%. Para la aplicación de estas medidas será precisa la formalización escrita de los contratos en el modelo que se establezca por el Servicio Público de Empleo Estatal[22]. En este sentido, la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, en el art. 108.3, prevé nuevas medidas para el fomento del uso de los contratos formativos previstos por el art. 11 ET, cuando éstos sean celebrados con personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil[23]. Así, respecto al contrato en prácticas se establece una bonificación adicional hasta alcanzar el 100% de incentivo en las cotizaciones de la empresa a la Seguridad Social por contingencias comunes[24].

Hay que recordar que la Garantía Juvenil es una iniciativa europea que pretende facilitar el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo[25]. En España se enmarca en la estrategia de Emprendimiento Joven aprobada en febrero de 2013 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social[26]. La Recomendación

[22] Núñez-Cortés Contreras, P.: "Modalidades de contratación y empleo joven (Novedades del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia)". Actualidad Laboral, n.10, Sección Estudios, Octubre 2014, pág.1057, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 4775/2014.

[23] Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La garantía juvenil en la Unión Europea. Obstáculos para su implantación en España". Revista Derecho Social y Empresa, n.1, 2014, págs. 35 y ss.

[24] Repárese que esta bonificación complementaria se aplicará a todas aquellas contrataciones que se efectúen hasta el 30 de junio de 2016.

[25]https:// www.garantiajuvenil.gob.es

[26] Fernández Orrico, F. J.: "El Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Nuevo instrumento de actuación y apoyo a la contratación de jóvenes". Revista de Trabajo y de Seguridad Social, n. 377-378, 2014, CEF. Señala que desde la Reforma de 2012 hasta la denominada Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven, se han creado numerosas iniciativas que han tenido como objetivos la creación de empleo y la facilitación del emprendimiento joven a través de medidas tales como la aplicación de bonificaciones o reducciones en las cotizaciones sociales. Pues bien, la creación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil alcanza su punto álgido en esas medidas por diversas razones, entre las que destaca la participación de todos los sujetos implicados (empresas, Administraciones públicas, jóvenes menores de 25 años o hasta 30 años con discapacidad al menos

sobre la Garantía Juvenil establece que los jóvenes puedan recibir una oferta de empleo, de educación o formación tras haber finalizado sus estudios o quedar desempleados[27].

La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven, en la que se enmarca la Garantía Juvenil, contempla un total de 100 medidas para facilitar la inserción de los jóvenes en el mercado laboral, el fomento del espíritu emprendedor, así como la mejora de la empleabilidad[28].

---

del 33 %) a través del portal creado al efecto, al que tienen acceso todos ellos. Además el nuevo sistema es la culminación de un proyecto avalado y financiado por la Unión Europea. En esencia, el Sistema Nacional de Garantía Juvenil –regulado en el capítulo I del título IV del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia– establece el objeto, contenido, objetivos, requisitos y procedimiento previstos para incorporarse al mismo, y contempla básicamente dos vías de actuación a favor de los jóvenes: por un lado, incluye actuaciones sobre mejora de la intermediación y de la empleabilidad, así como de fomento de la contratación y del emprendimiento, por otro, se apoya la contratación indefinida, mediante la creación de un contrato, que cuando se concierta a jornada completa se aplica una bonificación lineal de 300 euros durante 6 meses. El Real Decreto-Ley 8/2014, además de crear el citado sistema, modifica algunas normas laborales para adaptarlas al nuevo modelo de políticas activas de empleo y a la Estrategia Española de Activación para el Empleo, también realiza diversas mejoras encaminadas a flexibilizar la creación y funcionamiento de las agencias de colocación y de las empresas de trabajo temporal, así como el establecimiento de bonificaciones en los contratos a tiempo parcial con vinculación formativa para quienes contraten a los trabajadores incluidos en el nuevo sistema, para los contratos en prácticas y en la realización de prácticas externas universitarias o de formación profesional. En suma, se observa que las normas que aprueba el Real Decreto-Ley 8/2014 establecen las bases para animar a la empleabilidad de los más jóvenes, en especial con la creación del nuevo Sistema Nacional de Garantía Juvenil, si bien, nada de todo lo anterior podía sospecharse que se incluyera en la citada norma, por no figurar referencia alguna en un título tan genérico: «sobre medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia».

[27] Pueden ser beneficiarios los jóvenes que cumplan los siguientes requisitos: Primero, tener nacionalidad española o ser ciudadanos de la Unión o de los Estados parte del Acuerdo Económico Europeo o Suiza que se encuentren en España en ejercicio de la libre circulación y residencia. También podrán inscribirse los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español que habilite para trabajar. Segundo, estar empadronado en cualquier localidad del territorio nacional español., Tercero, tener más de 16 años y menos de 30 en el momento de solicitar la inscripción en el Fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Cuarto, no haber trabajado en los 30 días naturales anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Quinto, no haber recibido acciones educativas que conlleven más de 40 horas mensuales en los 90 días naturales anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Sexto, no haber recibido acciones formativas que conlleven más de 40 horas mensuales en los 30 días naturales anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Y séptimo, presentar una declaración expresa de tener interés en participar en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, adquiriendo un compromiso de participación activa en las actuaciones que se desarrollen en el marco de la Garantía Juvenil.

[28] Entre ellas, incorpora algunas de importante calado que ya se encuentran en marcha desde el mes de marzo de 2013 entre las que destacan: 1. La rebaja de las cotizaciones a la Seguridad Social, con reducciones y bonificaciones de hasta el 100%, para las empresas que contraten a jóvenes menores de 30 años. 2. Programas para que los jóvenes que abandonaron sus estudios de forma prematura puedan obtener la titulación de Educación Secundaria Obligatoria. 3. La mejora de la empleabilidad de los jóvenes en situación de desempleo, a través de programas formativos

3. LIMITACIONES A LA CONCERTACIÓN DEL CONTRATO EN PRÁCTICAS

En principio, ningún trabajador podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a 2 años en virtud de la misma titulación o certificado de profesionalidad, así se deduce del apartado c) del art. 11.1 del ET, modificado por la Ley 11/2013.

También se establece la limitación de ser contratado en prácticas en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo aunque se trate de titulaciones diferentes o distinto certificado de profesionalidad. Con ello se pretende evitar la posibilidad de ir eligiendo los distintos niveles de formación que puede tener un trabajador, incluso renunciando a los niveles superiores, para ir concatenando contratos temporales y evitar de este modo la conversión en contrato indefinido. A los efectos de esta limitación el propio apartado c) párrafo último del art. 11.1 del ET señala que los títulos de grado, master y en su caso doctorado no se consideran la misma titulación, salvo que al ser contratado por primera vez el trabajador esté en posesión del título de que se trate[29]. Se intenta con ello evitar, por ser fraudulenta, no solo la posibilidad de que el trabajador celebre un contrato en prácticas renunciando a una titulación que ya tiene realizada, sino también que el trabajador sea contratado de forma sucesiva bajo dos titulaciones distintas, cuando la empresa no ha contribuido a la obtención de la segunda[30].

---

con compromiso de contratación o el incentivo de los contratos formativos. 4. Y para aquellos que decidan iniciar una actividad emprendedora, se ha puesto en marcha la tarifa plana de 50 euros para autónomos, se han ampliado las posibilidades de capitalizar la prestación por desempleo y se posibilita la compatibilización de la prestación por desempleo con el inicio de una actividad emprendedora.

[29] Establece el art.11.1., c) "Ningún trabajador podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años en virtud de la misma titulación o certificado de profesionalidad. Tampoco se podrá estar contratado en prácticas en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo por tiempo superior a dos años, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado de profesionalidad. A los efectos de este artículo, los títulos de grado, máster y, en su caso, doctorado, correspondientes a los estudios universitarios no se considerarán la misma titulación, salvo que al ser contratado por primera vez mediante un contrato en prácticas el trabajador estuviera ya en posesión del título superior de que se trate."

[30] Consúltese Pérez Guerrero, M. L.: "Contrato de trabajo en prácticas en la Ley 11/2013 y la estrategia de emprendimiento y empleo joven", en *La estrategia de emprendimiento y empleo joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil,* VV. AA., Fernández López, F. y Calvo Gallego, F. J., Albacete, Bomarzo, 2013, págs. 368-369.

4. CONVERSIÓN DEL CONTRATO EN INDEFINIDO. INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS

El contrato en prácticas se puede transformar en indefinido en los tres momentos de la relación laboral: desde el inicio de la relación, durante el desarrollo y ejecución del contrato, y tras agotar el plazo máximo de duración y continuar la prestación de servicios.

Cuando en el trabajador no concurran los requisitos materiales necesarios para la celebración de un contrato de trabajo en prácticas, la relación será, desde el primer momento, de carácter ordinario y por tiempo indefinido. Ello se produce: Primero, cuando no exista título habilitante para celebrar el contrato de trabajo en prácticas. Segundo, que haya transcurrido un plazo superior al legalmente establecido, desde la finalización de los estudios (5 o 7 años, según las características del trabajador) Tercero, haber estado contratado con anterioridad bajo la modalidad de contrato en prácticas, en base a la misma titulación y durante un periodo de dos años. Y cuarto, cuando haya prestados servicios anteriormente en la misma empresa, realizando las mismas funciones y estando en posición de titulación habilitante para celebrar un contrato en prácticas[31].

Cuando se producen el incumplimiento de ciertas obligaciones por parte de la empresa (no cumplir con la forma escrita[32] o la obligación de dar de alta al trabajador en Seguridad Social[33]) o no existe una adecuación entre la actividad realizada y la titulación aportada por el trabajador[34], también se transforma el contrato de trabajo en prácticas en indefinido.

---

[31] Puntualizan nuestros tribunales (STSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de diciembre de 2008, rec. 921/2008; y STSJ de Murcia de 20 de octubre de 2014. Rec. 124/2014) que si el trabajador en virtud de una contratación temporal diferente había prestado servicios en la empresa realizando las mismas funciones que después son objeto de contrato en prácticas, si está en posesión de la titulación adecuada para suscribirlo, dicha contratación es constitutiva de fraude de ley. Existe una excepción puesta de manifiesto, también por la sala de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia, en esta ocasión por el de Cataluña, en sentencia de 29 de enero de 2016, rec. 6143/2015.

[32] De no observarse la formalización por escrito cuando sea exigible, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios, tal como se establece el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores. En todo caso, cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito incluso durante el transcurso de la relación laboral.

[33] Adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho.

[34] Hay que destacar que en este caso está desnaturalizado el objeto del contrato si al trabajador se le encomiendan trabajos que no guardan relación con su titulación, salvo en el caso de que la atribución haya sido de forma esporádica o circunstancial.

Cuando se ha agotado el plazo máximo de duración del contrato, es precisa la denuncia del contrato, por cualquiera de las partes. En caso contrario y si además el trabajador continua prestando servicios se produce la conversión en indefinido, se siguen las reglas generales.

Las conversiones en contratos indefinidos a tiempo completo o a tiempo parcial, podrá acogerse a las bonificaciones reguladas en la Ley 3/2012, de 6 de julio. Esta norma limita la aplicación de los incentivos exclusivamente a las empresas de menos de 50 trabajadores, autónomos y sociedades laborales y cooperativas. Todo ello será analizado seguidamente.

5. INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN EN PRÁCTICAS E INCENTIVOS A LA CONVERSIÓN EN INDEFINIDO

Hay que diferenciar entre aquellas relaciones que generan un incentivo inicialmente, desde el momento de su concertación, y aquellas otras en las cuales el mismo se produce en el momento de su conversión en indefinido.

5.1. Reglas generales

Los incentivos que existen cuando la contratación se celebre con un trabajador desempleado, inscrito como demandante de empleo son: Primero: Si se concierta con un menor de 30 años, o menor de 35 si tiene reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, se tendrá derecho a una reducción del 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante la vigencia del contrato. Y segundo: En el supuesto en que, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales, en empresas, y el trabajador, estuviese realizando dichas prácticas no laborales, en el momento de la concertación del contrato de trabajo en prácticas, la reducción de cuotas será de 75%[35].

Los contratos en prácticas pueden ser beneficiarios de más incentivos a la contratación cuando se contrate con personas beneficiarias del Sistema de Garantía Juvenil. En este caso, se aplica una bonificación adicional del 25 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes.

[35] Estas prácticas se refieren a las realizadas por jóvenes, entre 18 y 25 años, desempleados con cualificación profesional y nula o escasa experiencia laboral, con una duración de entre 6-9 meses, al amparo de un convenio entre las empresas y los Servicios Públicos de Empleo.

5.2. Reglas particulares en el caso de trabajadores discapacitados

El comentario de estos incentivos hay que realizarlo diferenciando según las características del trabajador. Por ello, junto al comentario general se introducen ciertas puntualizaciones para el caso de los trabajadores discapacitados.

Por tanto, las particularidades surgen cuando se trata de trabajador con discapacidad con un grado igual o superior al 33% reconocido como tal por el organismo competente, o pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

En estos, casos las características del contrato son las generales y otras particulares como que el contrato se formalizará por escrito, en cuadruplicado ejemplar, en modelo oficial. Al contrato se acompañará solicitud de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, así como el certificado de discapacidad.

Los incentivos, en estos casos particulares son: Primero, las empresas tendrán derecho a una reducción, durante la duración del contrato, a tiempo completo o parcial, del 50% de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes. Segundo, subvención de 901,52 euros para la adaptación de puestos de trabajo, eliminación de barreras o dotación de medios de protección personal, siempre que su duración sea igual o superior a doce meses. Y tercero, las conversiones en contratos indefinidos a tiempo completo, o a tiempo parcial, podrán acogerse a las bonificaciones reguladas en la Ley 3/2012, de 6 de julio.

En el caso concreto de que un contrato en prácticas, celebrado con un discapacitado, se convierta en indefinido, ello lleva aparejados varios incentivos: a) Subvención de 3.907 euros por cada contrato transformado en indefinido a tiempo completo. Si el contrato por tiempo indefinido se concierte a tiempo parcial, la subvención de 3.907 euros se reducirá proporcionalmente a la jornada pactada. b) Si el contrato se celebra a tiempo completo, la empresa tendrá derecho a varias bonificaciones[36]. Y c) Deducción de la cuota íntegra del impuesto de sociedades en la cantidad de 6.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de la plantilla de trabajadores con discapacidad, contratados por tiempo indefinido, respecto a la plantilla media de trabajadores con discapacidad del ejercicio inmediatamente anterior con dicho tipo de contrato.

[36] Repárese que las bonificaciones están fijadas dependiendo de que la discapacidad sea severa o no.

6. CONTRATO EN PRÁCTICAS Y PUESTA A DISPOSICIÓN

Con carácter general, las empresas de trabajo temporal podrán celebrar contratos de trabajo en prácticas con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del citado contrato.

Son varias las cuestiones que hay que destacar del Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, en su art. 3 incluye medidas referidas al contrato de trabajo en prácticas. Primero, modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las empresas de trabajo temporal, para posibilitar que estas cedan a empresas usuarias trabajadores contratados bajo la modalidad de contrato de trabajo en prácticas, en línea con recientes modificaciones normativas que ya hicieron posible la cesión de trabajadores con contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje. Y segundo, modifica la Ley 3/2012, de 6 de julio, para extender las bonificaciones por transformación en indefinidos de contratos en prácticas a las empresas usuarias que, sin solución de continuidad, concierten un contrato de trabajo por tiempo indefinido con trabajadores en prácticas cedidos por una empresa de trabajo temporal. Por tanto, las empresas de menos de 50 trabajadores que transformen en indefinidos contratos en prácticas, a la finalización de su duración inicial o prorrogada, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante 3 años. En el caso de mujeres, dichas bonificaciones serán de 58,33 euros/mes (700 euros/año).

Trabajadores con discapacitados sin discapacidad severa		
Grupo de edad	Hombres	Mujeres
Menores de 45 años	4.500 euros/año	5.350 euros/año
Mayores de 45 años	5.700 euros/año	5.700 euros/año
Trabajadores con discapacidad con discapacidad severa		
Grupo de edad	Hombres	Mujeres
Menores de 45 años	5.100 euros/año	5.950 euros/año
Mayores de 45 años	6.300 euros/año	6.300 euros/año

7. ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE LA REALIDAD QUE RODEA A LOS JÓVENES Y CONCLUSIONES

En las sociedades contemporáneas los jóvenes se enfrentan a numerosas dificultades en particular aquellas que se refieren al mercado de trabajo[37]. Es un desafío común a todos los países apoyar y llevar a cabo políticas de empleo, y sobre todo políticas públicas, para suprimir o saltar los obstáculos que los jóvenes tienen. A la vista de lo sucedido en los últimos años, se concluye que el problema laboral de los jóvenes no se resuelva fácilmente. Hoy, la solidaridad familiar es el principal sostén de los jóvenes españoles, lo que favorece la reproducción de las desigualdades debido a que hay familias que pueden asumir el esfuerzo, pero otras no. Por tanto, es urgente y necesario recomponer nuestro potencial de crecimiento para que vuelva a crecer el empleo. Pero para ello se debe dedicar, entre todos, un gran esfuerzo que nos permita financiar una economía sostenible con creación de empleo ya que, en caso contrario, será muy difícil poder financiar nuestro Estado de bienestar[38].

La reciente crisis económica global ha dejado sentir sus negativos efectos en gran parte de los mercados laborales nacionales, el español entre ellos. En él, el de los desempleados más jóvenes representa uno de los colectivos que más está sufriendo sus consecuencias. Para corregir la situación, el legislador interno se ha embarcado en un ambicioso plan: mediante continuos textos normativos, ofrecer alternativas a la población más joven para salir de una situación a la que, sin remedio, se han visto empujados. En concreto, son tres los pilares centrales de su estrategia: la contratación, la formación y el emprendimiento. Sin embargo, el fin no puede justificar siempre los medios, sobre todo cuando, como es el caso, estos últimos se traducen en una notable depreciación de las condiciones laborales, primando el elemento cuantitativo (la inserción) sobre el cualitativo (la calidad en el empleo)[39].

El aumento de la precariedad laboral cambia el discurso de la UE. Las reformas laborales en Europa desde 2008 han precarizado el empleo: cuatro de cada cinco puestos de trabajo son a tiempo parcial o temporales. Ni el FMI, ni la OCDE ni la Comisión Europea defienden ahora la desregulación laboral que impusieron a España, Portugal, Grecia y Rumanía durante la crisis[40].

---

[37] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral, España 2016. CES, Madrid, junio de 2017. Consúltese, principalmente, el Resumen Ejecutivo, págs. 17-43.

[38] CRISTÓBAL RONCERO, R.: Retos de la formación en el empleo juvenil, Aranzadi, 2017.

[39] MEGINO FERNÁNDEZ, D. "Jóvenes y mercado de trabajo: Precariedad a cambio de inserción laboral". Revista de Trabajo y de Seguridad Social, n. 383, 2015, CEF.

[40] En Europa se habla de un mismo tema: el empleo. Ya sea por la creciente precariedad,

La capacitación y la experiencia profesional, generan modalidades contractuales para favorecer el empleo de los jóvenes[41].

El contrato de trabajo en prácticas está entre las modalidades contractuales que van desde la formación hacia el empleo[42].

No es la edad una exigencia expresa para la celebración del contrato de trabajo en prácticas, pero por lo general su celebración es coincidente con los parámetros que identifican a la población joven; superponiéndose de facto durante un dilatado período a la edad permitida para el contrato para la formación y el aprendizaje. La diferencia entre ambos respecto a la población destinataria, es que este último se dirige al rescate e integración en el sistema formativo de sectores de población con perfiles delimitados por la edad y una ausencia de formación, mientras que en el contrato de trabajo en prácticas la determinación de la población parte de los presupuestos de la posesión de una titulación o cualificación profesional y la circunstancia de una inexistente o limitada experiencia en el desempeño práctico de las tareas correspondientes a la titulación; situaciones que suelen aparecer relacionadas a la problemática del empleo juvenil. Podrá concertarse con quienes estuvieran en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos reconocidos como equivalentes de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente o de certificado de profesionalidad de acuerdo con la LO 5/2002, de las cualificaciones y de la

ya sea por la ausencia de un futuro más prometedor, la agenda laboral está en lo más alto de las preocupaciones políticas europeas. Así ocurrió en las elecciones francesas y en el referéndum del Brexit, volvió a suceder en Alemania. Puede que la precariedad laboral no sea la causa principal, pero desempeña un papel en la Europa que se enfrenta al populismo. Y se ha ganado el protagonismo en las calles francesas, donde la reforma laboral de Macron choca con el rechazo de parte del electorado que le eligió. El problema es tan grave como parece. La UE atraviesa por su mejor momento económico de la última década. Desde 2012 se han creado 5,5 millones de empleos. Pero cuatro de cada cinco de ellos, según revela Eurostat –la oficina estadística de la UE– son temporales o a tiempo parcial. Y, sobre todo, están mal pagados. Del lado de los trabajadores afectados, las estadísticas también son claras: dos tercios preferirían tener un puesto fijo y a tiempo completo, según revela el más reciente informe de la UE sobre el mercado laboral. https://www.infolibre.es/noticias/economia/2017/10/16/el_aumento_precariedad_laboral_cambia_discurso_ue_70576_1011.html?rnot=1072763#com

[41] Núñez-Cortés Contreras, P.: "Modalidades de contratación y empleo joven (Novedades del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia)", op. cit., pág.1. (Edición electrónica). Señala que las distintas modalidades contractuales (contrato para la formación y el aprendizaje, contrato de trabajo en prácticas y el más reciente contrato de primer empleo joven) están en continua oscilación entre los objetivos de inserción profesional y los de mejora de la empleabilidad, tal y como se aprecia en las novedades introducidas por el Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio.

[42] Sin perder de vista esta afirmación y apoyándola se debe recordar que el art.11, apartado 1, del ET ha sido modificado sucesivamente por: – Art. 12. Uno. Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. – Art. 12. Uno. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

formación profesional que habiliten para el ejercicio profesional. La remisión en su momento (1995) a las «leyes reguladoras del sistema educativo vigente» y posteriormente a la LO 5/2002 zanjó los abusos y ambigüedades producidas respecto al título habilitante. El colectivo de trabajadores con los que se puede celebrar este contrato resulta bastante amplio; el período de tiempo en que puede celebrarse desde que finalizaron los estudios se ha ampliado significativamente a 5 años o 7 cuando se trate de trabajadores con discapacidad (art. 11.1.ET). Se requiere que el puesto de trabajo desempeñado por el contratado en prácticas permita la «práctica profesional adecuada al nivel de estudios o formación cursados». Sin que parezca haberse eliminado la posibilidad de que el trabajador vaya rotando por distintos puestos de trabajo en la misma empresa y durante el mismo contrato. Mediante convenio colectivo sectorial o en su defecto en los convenios colectivos de ámbito inferior se podrán determinar los puestos de trabajo, grupos, niveles o categorías profesionales objeto de este contrato[43].

Una conclusión que cabe extraer es que en el contrato de prácticas, pese a ser potenciado de modo particular si se trata del primer empleo, no ha logrado despuntar entre los jóvenes cualificados. Cuando se analizan los datos de los contratos registrados por las empresas en el SEPE, se concluye que los suscritos bajo la modalidad de prácticas y formación solo fueron un 3,3 por ciento del total de los registrados en 2014; si bien, el porcentaje ha ido subiendo en los últimos años.

Parece ser que una de las razones principales por las que los contratos formativos no logran tener un peso mayor en el mundo de las relaciones laborales es la competencia, en muchos casos, desleal de otras figuras no laborales como son las becas y las prácticas no laborales. La realidad de muchas de las figuras de esta naturaleza está perjudicando a los contratos formativos, pues esas otras figuras no se someten a las condiciones y limitaciones impuestas por la legislación laboral. En la "calle", en la realidad, se da la paradoja de que, cuánto más preparado se encuentra el joven, mayores dificultades tiene para obtener un contrato de trabajo ajustado a su perfil profesional[44].

BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN PÁEZ, F.: "Estrategias de empleo juvenil. Aspectos teóricos, políticos y estructurales". En VV.AA.: *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho

[43] Todo ello en Núñez-Cortés Contreras, P.: "Modalidades de contratación y empleo joven, op. cit.,págs. 9-10.

[44] En este sentido, Escudero Rodríguez, R. (editor): Jóvenes y empleo. Una mirada desde el Derecho, la Sociología y la Economía. Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud y FAD, 2016, págs. 165-166.

del Trabajo (Granada, 21-22 de noviembre de 2013), monografías Temas Laborales, nº 52, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, pág. 588.

DÍAZ HERRERA, M. A.: "El contrato único que viene". *Diario La Ley*, nº 8197, Año XXXIV, 22 de noviembre de 2013, Ref. D-403, Editorial La Ley.

CABEZA PEREIRO, J.: "Sobre los contratos formativos a la vista de la reforma de 2010". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24, 2011.

CASAS BAAMONDE, M. E.: "Los contratos de trabajo para la formación y en prácticas". VV.AA.: *Aspectos de la contratación laboral*. Madrid, CGPJ, 1992.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral, España 2016*. CES, Madrid, junio de 2017.

CRISTÓBAL RONCERO, R.: *Retos de la formación en el empleo juvenil*, Aranzadi, 2017.

DEL POZO SEN, A. y SUÁREZ CORUJO, B.: "La estrategia Europa 2020 en España: el fracaso del empleo". *Revista Información Laboral*, nº 2, 2017.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (editor): *Jóvenes y empleo. Una mirada desde el Derecho, la Sociología y la Economía*. Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud y FAD, 2016.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: "El Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Nuevo instrumento de actuación y apoyo a la contratación de jóvenes". *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*, n. 377-378, 2014, CEF.

GARCÍA MURCIA, J.: "Relaciones Laborales. La Legislación Laboral y Social en el Verano de 2013: del Plan de Empleo Juvenil a los ajustes en la Reforma Laboral". *Derecho de los Negocios*, n. 271, septiembre-octubre 2013, Editorial La Ley.

GOERLICH PESET, J. M.; ESTEVE SEGARRA, A. y LÓPEZ BALAGUER, M.: "Contratación laboral". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.197, abril 2017.

GRAU PINEDA, C.: ¿Son las bonificaciones de cuotas empresariales a la Seguridad Social española medidas selectivas de fomento del empleo compatibles con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado? *Relaciones Laborales*, nº 10, 2010.

GRAU PINEDA, C.: "El empleo juvenil incentivado: entre la inutilidad manifiesta y la obcecación legislativa" (1). *Trabajo y Derecho*, nº 33, 2017. Editorial Wolters Kluwer.

LANTARÓN BARQUÍN, D.: "Notas distintivas, dinámicas comunitarias y otras claves para el correcto entendimiento de la Garantía Juvenil". *Trabajo y Derecho*, n.11, noviembre 2015, Editorial Wolters Kluwer.

MEGINO FERNÁNDEZ, D. "Jóvenes y mercado de trabajo: Precariedad a cambio de inserción laboral". *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*, n. 383, 2015, CEF.

NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: "Modalidades de contratación y empleo joven (Novedades del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia)". *Actualidad Laboral*, n.10, Sección Estudios, Octubre 2014, pág.1057, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 4775/2014.

OIT: Tendencias del empleo juvenil 2016. OIT, 2016.

PÉREZ GUERRERO, M. L.: "Contrato de trabajo en prácticas en la Ley 11/2013 y la estrategia de emprendimiento y empleo joven", en *La estrategia de emprendimiento y empleo joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil,* VV. AA., -Fernández López, F. y Calvo Gallego, F. J., Albacete, Bomarzo, 2013, págs. 351 y ss.

PRADOS DE REYES, F. J.: "Modalidades contractuales y política de empleo juvenil". En VV. AA., *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*. XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, monografías, Temas Laborales, nº 52, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014.

RAMOS QUINTANA, M. I.: "Política de empleo y crecimiento económico: semestre europeo 2015. El Informe de la Comisión Europea sobre España". *Trabajo y Derecho*, n.5, mayo 2015, Editorial Wolters Kluwer.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "La garantía juvenil en la Unión Europea. Obstáculos para su implantación en España". *Revista Derecho Social y Empresa*, n.1, 2014.

SIERRA BENÍTEZ, E. M.: "Las fronteras del empleo juvenil. Entre la contratación laboral y la iniciativa emprendedora". *Revista Derecho Social y Empresa*, n.1, 2014, pág.55.

TIRABOSCHI, M.: "El desempleo juvenil en tiempos de crisis: ¿Una advertencia a la Europa (continental) para refundar el Derecho del Trabajo?". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* n.31, 2012.

TARANCÓN PÉREZ, E. y ROMERO RÓDENAS, M. J.: *Manual de modalidades de contratación laboral*. Albacete, Bomarzo, 2016.

THIBAULT ARANDA, X.: "¿Por qué esta Reforma Laboral?" *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.100, 2012.

LA CONTRATACIÓN LABORAL DEL RESIDENTE SANITARIO

JOSÉ A. SOLER ARREBOLA

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Almería

ANTONIO M. CARDONA ÁLVAREZ

Prof. Titular de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Almería

SUMARIO:

1. ASPECTOS GENERALES DEL CARÁCTER ESPECIAL DE LA ACTIVIDAD DEL RESIDENTE.
2. ÁMBITO SUBJETIVO Y FUENTES REGULADORAS DE LA RELACIÓN ESPECIAL.
3. FORMA, CONTENIDO Y DURACIÓN DEL CONTRATO.
4. DERECHOS Y DEBERES.
5. TIEMPO DE TRABAJO Y DESCANSOS.
6. RETRIBUCIONES.
7. VICISITUDES. LAS ROTACIONES.
8. SUSPENSIÓN Y EXCEDENCIA.
9. EXTINCIÓN.
10. RÉGIMEN DISCIPLINARIO.

1. ASPECTOS GENERALES DEL CARÁCTER ESPECIAL DE LA ACTIVIDAD DEL RESIDENTE

Aunque la naturaleza laboral del vínculo que unía la relación entre médicos residentes y las instituciones sanitarias venía siendo reconocida normativamente desde finales de los años sesenta del siglo pasado, las particularidades que derivaban de su régimen jurídico requerían la adaptación de determinadas circunstancias que diferenciaban considerablemente su marco regulador con el especificado para las relaciones ordinarias de trabajo. Pese a su no inclusión como relación laboral de carácter especial en el originario Estatuto de los Trabajadores y, por tanto, su calificación no quedaba amparada por las nominadas en este texto, lo cierto es que las peculiaridades específicas en el desarrollo del contrato de trabajo diferían respecto del común.

La apreciación legislativa como relación laboral especial de contratos de trabajo con especificidades ha presentado problemas en la calificación dogmática de esta institución ya que no se ha sido capaz de estructurar las mismas sobre bases comunes que permitan delimitar cuáles debieran ostentarla y cuáles no, dada la inexistencia de criterios homogéneos que permitan su certera ubicación[1]. Esa prácticamente falta de identidad de rasgos comunes entre ellas hacen que, la oportunidad política, las exigencias normativas o la conflictividad judicial sean elementos esenciales para admisión en esta categoría heterogénea.

El nacimiento de numerosas relaciones especiales es una constante en el desarrollo de la legislación laboral en atención a las particularidades sobre las que se asienta un específico régimen jurídico. Entre ellas, y concretamente con la aparición del RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, se hace realidad el mandato contenido en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, en virtud de la cual se instaba al Gobierno a la creación y regulación de una relación laboral de carácter especial que contuviese las prescripciones estructuradoras aplicables a este colectivo. A diferencia de otras relaciones laborales especiales, en este caso, la Ley ordenadora no establece un fecha concreta de fijación temporal para su creación, es decir, no se indica un plazo para su confección. Desde nuestra perspectiva ello ha supuesto dar la posibilidad de expresar propuestas de diferentes agentes implicados y racionalizar sus contenidos en base a las proposiciones expuestas de las que derivaron mejoras en su arquitectura.

[1] El Tribunal Constitucional en su sentencia 56/1998, de 24 de marzo, justificaba las diferencias de tratamiento de la relación "común" con las especiales en función de particulares criterios, entre los que destacaban, "bien por la cualidad de las personas que lo prestan, bien por la sede donde se realiza el trabajo, bien por el tipo de funciones que se realizan".

Hasta la confección de esa norma reglamentaria, la inclusión de este tipo de vínculos jurídicos quedaba insertada dentro de las relaciones laborales comunes aunque con ciertas modalizaciones dadas las particularidades que ofrecía el desarrollo de la actividad que se realizaba. En este sentido, la jurisprudencia[2] los delimitaba como contratos formativos de naturaleza *sui generis* no enmarcados en el 11 ET dadas las especificidades que poseían, sobre todo en cuanto a la necesidad de que el procedimiento formativo sea reglado[3], su duración, retribución, el tiempo de trabajo, la extinción, etc.

Pero las características propias que presentaba el marco normativo aplicable a estos residentes y los giros que se producían respecto a la relación laboral común hacían aconsejable la realización de un régimen jurídico particularizado respecto al general en aquellas cuestiones que poseían una singularización propia y que requerían una mejora de la funcionalidad de las finalidades específicas pretendidas. Todo ello manteniendo los caracteres básicos del trabajador definido por el artículo 1.1 del ET y las supletoriedad de la normativa del régimen ordinario que conservan a esta figura dentro del ordenamiento laboral.

Pese a algunas críticas sobre la distorsión provocada por el aumento de nuevas relaciones laborales especiales sobre la base de la fragmentación que generan desviaciones de la normativa común, el hecho es que la aparición de este marco jurídico supuso la reordenación de una regulación dispersa y conflictiva en algunos puntos. En este sentido el legislador ha optado por diferenciar dos de los aspectos básicos configuradores de la labor que se efectúa, distinguiendo la relación meramente contractual de los aspectos significativamente formativos. Así, el RD 1146/2006 conforma su estructura sobre la base de la ordenación de la contratación laboral de este colectivo mientras que, por su parte, la legislación básica y homogénea en todo el territorio nacional relativa a la determinación y clasificación de las especialidades en Ciencias de la Salud y al desarrollo de determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada fue realizada por el RD 183/2008 de 8 de febrero. Esta opción normativa, que distingue ambos campos, nos parece una elección legislativa clarificadora y racionalizadora del principal marco regulador de este personal en curso de especialización, en tanto permite diferenciar planos diversos de la actividad desarrollada desde un mismo ámbito subjetivo y a la vez interconectada sobre bases comunes que atienden a una finalidad conjunta.

---

[2] Entre otras muchas pueden consultarse las sentencias del TS de 31 de julio de 1991(RJ 1991\6413) de15 de febrero de 1999 (RJ 1999\1800) o de 7 de julio de 2006 (RJ2006\8505).

[3] Aspectos que ya fueron subrayados en su momento por Goerlich Peset, J. M., en "Los médicos residentes: un supuesto «especial» de contrato de trabajo en prácticas", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm.45, 1991, pp. 54 y ss.

Desde la perspectiva laboral, llama primeramente la atención que la regulación de esta relación especial se haya originado desde una amplia consulta con diferentes agentes involucrados en el desarrollo de estas actividades. Precisamente en el Preámbulo del RD 1146/2006 se pone de manifiesto la participación no sólo de las administraciones sanitarias de las diferentes Comunidades Autónomas sino también organizaciones colegiales, sindicales y empresariales, así como también diferentes consejos y comités que directamente han participado en la elaboración de propuestas configuradoras de esta norma reglamentaria. Este hecho avala un alto grado de colaboración a la hora de organizar su contenido sobre la base del diálogo social.

Además, esta norma reglamentaria se autoconfigura como "marco general y homogéneo" para todo el personal dentro de su ámbito de aplicación, a la vez que se erige como reguladora del "régimen de derechos y deberes comunes a todos los residentes", según se dispone en su Preámbulo. Esto hace que se sitúe como base unificadora de la regulación laboral de este colectivo, sin perjuicio del espacio que las restantes fuentes ordenadoras tienen en el desarrollo de esta relación laboral.

2. ÁMBITO SUBJETIVO Y FUENTES REGULADORAS DE LA RELACIÓN ESPECIAL

Adentrándonos en el articulado de esta disposición, la primera cuestión sobre la que se ciñe es la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación en base a la cual se identifican sus partes integrantes. Respecto del trabajador se explicita que podrán tener dicha calificación quienes sean "titulados universitarios que, previa participación en la convocatoria anual de carácter nacional de pruebas selectivas, hayan accedido a una plaza en un centro o unidad docente acreditada (...) mediante el sistema de residencia (...) a efectos de la obtención del título de especialista"[4]. En este sentido, la especialización por esta vía se presenta como elemento fundamental para la inclusión en el ámbito subjetivo de esta disposición reglamentaria derivándose, con carácter general, la imposibilidad de que el residente pueda ser contratado bajo este sistema salvo que nuevamente realice las pruebas selectivas e inicie una nueva residencia[5]. También se debe subrayar que la amplitud de esta relación se incrementa a todas la profesiones sanitarias y no sólo a las de medicina o enfermería como ocurría en el marco normativo anterior.

[4] En los términos que indica el artículo 20 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (en adelante LOPS).

[5] Sin perjuicio de las especificidades contempladas en los artículos 23 y 25 de la LOPS.

En cuanto a la caracterización de empresario, la normativa reguladora no sólo exige la condición de centro sanitario del que realiza la contratación, sino que además se requiere la necesidad de la existencia de acreditación docente[6] para validar la posibilidad de realización de las actividades propias de la residencia. Asimismo, la titularidad pública o privada donde se encuentran ubicados dichos centros, o las unidades docentes, resulta indiferente a la hora de entablar esta relación especial, sin perjuicio de que puedan existir particularidades en el régimen jurídico derivadas de las condiciones convencionales aplicables a cada caso que pueden afectar, como más tarde veremos, en aspectos tales como retribución, días de libre disposición o responsabilidades.

Respecto a la ordenación de esta relación especial, el RD 1146/2006 se constituye, en función de lo dispuesto en su artículo 1.4, como fuente primordial de regulación, estableciendo el carácter supletorio del ET y demás legislación laboral para lo no dispuesto en este reglamento. Con ello se viabiliza una opción normativa que sitúa a esta relación especial en "la órbita de las que podríamos calificar como más intensamente laboralizadas"[7]. Pero no sólo estas disposiciones conforman la arquitectura de su regulación sino que también se dispone, de forma similar a la indicada en el artículo 3.1 del ET, la aplicación de los convenios colectivos y la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo[8], sin que en estos últimos se puedan establecer condiciones menos favorables a las legales y convencionales. A su vez hay que tener en consideración las remisiones expresas que desde esta norma se realiza al Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (Ley 55/2003, de 16 de diciembre)) en materias referidas a descansos, sueldo, faltas y a los pactos y acuerdos referentes al personal estatutario que la negociación colectiva remita siempre que sean compatibles con este reglamento y a la ya citada Ley 44/2003 de ordenación de profesiones sanitarias.

Sin perjuicio del marco anteriormente citado, la negociación colectiva tiene también su papel en la adaptación de condiciones laborales, sobre todo en el ámbito de los diferentes servicios de salud de cada comunidad autónoma, en contraposición con el ámbito privado. En este último, la negociación colectiva tiene escasa relevancia derivada del mínimo porcentaje de residentes en formación acogidos en la sanidad privada del total de internos residentes, además de

[6] De conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la LOPS y el artículo 5 del RD 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación especializada sanitaria.

[7] Tal y como indica Baz Rodríguez, J., en *El contrato de trabajo de los residentes sanitarios*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 62.

[8] Subraya García Murcia, J., respecto a la cita de está últimas fuentes reguladoras que "no estamos ahora en un terreno muy propicio para la autonomía de la voluntad, por su proximidad con el ámbito público o de régimen administrativo", en "La relación laboral especial de residencia con fines de especialización sanitaria", Derecho y Salud, Vol. 15, núm. extra 1, 2007, p. 2.

por la falta de asunción de esta figura en sus textos convencionales[9]. Por su parte, también dentro de este sistema de fuentes se ha dejado espacio al contrato de trabajo como regulador de la relación, teniendo en cuenta que las cláusulas en él establecidas tendrán que tener el carácter de mejora de lo indicado tanto legal como convencionalmente.

3. FORMA, CONTENIDO Y DURACIÓN DEL CONTRATO

La exigencia de forma escrita para la celebración de este contrato se encuentra en sintonía con lo manifestado en el artículo 8.2 del ET para aquellos que posean una duración superior a las cuatro semanas. De la misma manera que para el resto de contratos temporales que superen ese tiempo, la forma tiene un valor *ad probationem* pero con la peculiaridad en esta relación especial de que resultará fácilmente demostrable para el empresario la acreditación del factor temporal dada la naturaleza de la relación y consecuentemente su carácter de no indefinido.

Respecto de su contenido, se establece de forma no taxativa en el artículo 2 del reglamento un mínimo en el que esencialmente se identifican los principales aspectos de la relación con inclusión de la convocatoria en el que el residente ha obtenido la plaza, su título y el programa de formación que va a cursar. Asimismo resulta relevante como a dicho contrato se le debe añadir las sucesivas renovaciones obtenidas en función de la valoración positiva de su actividad formativa que se articula como condicionante para el mantenimiento del vínculo contractual. También queda incluido, como requisito previo a la formalización, la necesidad de que se supere un examen médico en el que se especifique que no posee el aspirante a la contratación enfermedad o limitación incompatible con el ejercicio de la actividad, cuestión esta última que pudiera ser controvertida para el desempeño del trabajo en supuestos de discapacidad y falta de adecuación del centro a los requerimientos funcionales y accesibilidad[10] para este colectivo, los cuales, evidentemente, no podrían ser causa suficiente para la no formalización

[9] Como afirman ARETA MARTÍNEZ, M y GONZÁLEZ FORNOS, M. "Una de las razones que explican esta ausencia es la dificultad para determinar las unidades de negociación y los representantes legales de los residentes legitimados para negociarlo conforme a lo dispuesto en los arts. 87 y ss. del ET, y es que los residentes están muy dispersos y dependen de muchos y diferentes empresarios (distintos hospitales y diferentes servicios de salud)" en "El contrato de los residentes sanitarios", en AA.VV.,(Dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.,), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internaciones con sus implicaciones tributarias,* Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 1006 y 1007.

[10] Tal y como manifiesta DE LA PUEBLA PINILLA, A., en "La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre)", Relaciones Laborales, núm. 3, 2007, laleydigital p. 4/14 pdf.

contractual[11] ya que la Administración sanitaria deberá ofertar otra plaza en una unidad docente adecuada a sus condicionamientos[12].

En cuanto a su duración, la finalidad formativa que subyace en este contrato es la base sobre la que se sustenta temporalmente este contrato[13]. La evaluación anual positiva de su labor es el condicionante para su renovación que finalizará en función del programa formativo que resulte aplicable al residente. Excepcionalmente se recoge, en el apartado segundo del artículo 3 de esta disposición, la posibilidad de que la duración sea inferior para aquellos supuestos en los que se haya interrumpido[14] el contrato, conforme a lo expuesto en el artículo 11.2, siendo entonces ésta hasta que finalice el curso correspondiente.

Otra de las salvedades a esta regla general se recoge en los casos que se produzca una evaluación negativa al no alcanzarse los objetivos formativos fijados. Para este supuesto cabe la posibilidad de que el contrato se prorrogue un máximo de tres meses más del año lectivo cuando el comité de evaluación considere que puede alcanzar dichos objetivos. La prórroga[15] se realizará, en caso de superación, por nueve meses. Por tanto, cuando no proceda la realización de un plan de recuperación o cuando éste sea negativo no podrá prorrogarse. Este hecho, evidentemente, implica la extinción contractual que deberá efectuarla, no directamente el Comité de evaluación, sino que éste propondrá[16] a la correspondiente unidad de docencia dicha resolución para que la gerencia del centro proceda a la finalización. Precisamente estimamos que el hecho de la reiterada evaluación

[11] No se entiende bien la dicción de este artículo 2.4 puesto que se exige, antes de la formalización del contrato, la realización de un examen médico para, posteriormente, indicar que, si no se supera, "el contrato quedará sin efecto...". Estimamos deficiente la redacción en tanto que si el examen médico es un requisito previo, su no superación no puede dar lugar a dejar sin efecto algo que no pudo firmarse.

[12] Ello puede conllevar problemas a la hora de la priorización en la elección de plazas ofertadas entre los distintos aspirantes a la misma en función de la discapacidad y de la adecuación del puesto de trabajo con las particularidades del contratable.

[13] Como señala Lalaguna Holzwarth, E., "la duración del contrato de residencia representa el fiel reflejo de la íntima relación entre los requerimientos del aprendizaje formativo, y el diseño de un contrato de trabajo tipo que contemple el necesario encaje que requiere la especialización sanitaria" en *La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 114.

[14] Mas que una interrupción, como señala el texto de este precepto, estamos en presencia de una nueva contratación dadas las características de los supuestos contemplados (que mayoritariamente se deben a causas empresariales) aunque, evidentemente, habrá que tener en consideración los periodos de formación ya realizados.

[15] Obsérvese en este caso que, en vez de la utilización del término prórroga, debiera el texto del artículo 3.3 haber utilizado la expresión renovación, dada la modificación que el contrato puede sufrir en materias, por ejemplo, retributivas. Sobre el particular puede verse las observaciones que el Consejo de Estado realiza en su dictamen 1717/2006 de 28 de septiembre de 2006.

[16] En los términos del artículo 22.3 del el RD 183/2008 de 8 de febrero.

anual de estos médicos hace que la normativa reguladora prohíba expresamente, en el artículo 3.6, el establecimiento de un periodo de prueba, ya que las cualidades de la prestación de la actividad se valoran con regularidad y se ha superado previamente un proceso selectivo exigente.

4. DERECHOS Y DEBERES

Además de los derechos y deberes comunes de cualquier relación "ordinaria" de trabajo, que resultan también de aplicación a estos residentes, el RD 1146/2006 establece una serie de especificidades propias para este colectivo. La base fundamental sobre la que gira el entorno de ambos es la relacionada con la actividad formativa que impregna la realización de sus tareas, sin perder de vista las necesidades asistenciales que conforman parte de la labor a desempeñar.

En este sentido los derechos específicos, algunos de los cuales son reflejados en los mismos términos que para el personal estatutario, se circunscriben básicamente a tener conocimiento de cómo se desarrollará el plan de formación y cuáles son las funciones a efectuar durante esta etapa de especialización, así como garantizar la revisión de decisiones que se adopten en su evaluación. Desde nuestra perspectiva, la norma reglamentaria establece un entramado de derechos que tienen como objetivo fundamental que el tiempo en el que se está recibiendo la especialización sea coherente con esa finalidad, otorgándole al trabajador vías de información y revisión de su actividad a partir de los cuales se pueda contrastar la eficiencia de la misma.

Por su parte, los deberes básicos se organizan también con la formación y su actividad de prestación de servicios durante el tiempo que dura la residencia. En este sentido, junto con la dedicación a tiempo completo exigible[17]-cuya finalidad fundamental es garantizar una formación al residente lo más cualificada posible-, la norma reglamentaria dispone un conjunto de obligaciones centradas en el cumplimiento de las instrucciones de quienes dirigen la actividad de especialización y del centro sanitario en el que prestan el servicio a efectos del correcto cumplimiento de la actividades programadas tanto de carácter formativo como asistencial[18].

---

[17] Según el artículo 20.3 a) de la Ley 44/2003, en donde se especifica el término "profesional" advirtiendo la posibilidad de que se pueden realizar actividades formativas que no se efectúen durante la jornada laboral. Asimismo, opina LALAGUNA HOLZWARTH, E., que la exclusividad exigible al residente "no se corresponde con la defensa de ciertos intereses empresariales, como por ejemplo, el de la competitividad de los mercados", sino que la finalidad fundamental se orienta al objetivo formativo para "la creación de especialistas sanitarios al más alto nivel" en *La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud* op. cit., p. 135.

[18] Señalan ARETA MARTÍNEZ, M., y GONZÁLEZ FORNOS, M., la omisión en la norma reglamentaria de la inclusión del secreto profesional como deber específico aplicable a los residentes,

5. TIEMPO DE TRABAJO Y DESCANSOS

Uno de los elementos más relevantes de esta regulación lo encontramos en la delimitación de los aspectos básicos de la jornada laboral y los descansos, que adopta criterios ya incluidos en la Directiva2003/88/CE relativos a la ordenación de tiempo de trabajo. Inicialmente, hay que partir de la base de que la determinación genérica de su duración viene establecida por la fijada por los respectivos centros de salud al que queda incorporado el personal residente, sin perjuicio de una serie de peculiaridades que recoge el RD 1146/2006. Doctrinalmente ha sido muy criticada esta disposición dado su carácter escueto, polémico, poco claro y por el gran número de remisiones que efectúa[19].

En ella se indica como primera fuente aplicable el convenio colectivo como delimitador de la duración de la jornada. Para el caso de inexistencia, su fijación se realizará a través de "normas, pactos o acuerdos para el personal estatutario de la especialidad que el residente esté cursando" según se expone en el artículo 5.1 a) del RD 1146/2006. Consecuentemente a ello se produce una remisión a la norma reguladora de este personal y concretamente al artículo 47 de la Ley 55/2003[20], destacándose en su contenido el amplio poder de ordenación de los centros sanitarios en caso de inacción o deficiencia de ordenación del convenio o pacto aplicable. Derivado de ello se observa que la regulación del ET entrará en juego cuando se produzca una "hipotética aplicabilidad supletoria de segundo grado... en aquellos aspectos en los que se contemple remisiones explícitas a la misma"[21], por lo que se excepciona para estos supuestos la regla de supletoriedad del ET que recoge el artículo 1.4 del reglamento regulador de esta relación especial.

---

en "El contrato de los residentes sanitarios", op. cit., p. 1019, aunque quizá quedaría incluido en el más genérico deber de "conocer y cumplir los reglamentos y normas de funcionamiento aplicables en las instituciones que integran la unidad docente, especialmente en lo que se refiere a los derechos del paciente", al que se refiere el artículo 4.2 c) del RD 1146/2006.

[19] Tal y como señalan, entre otros, De La Puebla Pinilla, A., en "La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre)", op. cit., p. 7/14 pdf., Monreal Bringsvaerd, E., en "La regulación del tiempo de trabajo del residente sanitario", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 21, 2009, pp. 1 y ss., o Martín Rodríguez, O., en "Relación laboral especial de residencia con fines de especialización sanitaria", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 118, 2015, p.249.

[20] En este precepto se dispone que "La jornada ordinaria de trabajo en los centros sanitarios se determinará en las normas, pactos o acuerdos, según en cada caso resulte precedente", añadiéndose en su segundo número que "A través de la programación funcional del correspondiente centro se podrá establecer la distribución irregular de la jornada de trabajo".

[21] Tal y como indica Baz Rodríguez, J., en *El contrato de trabajo de los residentes sanitarios*, op. cit., p. 131.

Independientemente de lo anterior, se establecen unas reglas mínimas que deberán ser cumplidas en todo caso, partiendo de la base de que la contratación deberá efectuarse siempre a tiempo completo y que la jornada debe venir explicitada en el contrato de trabajo. En primer término se debe diferenciar la jornada ordinaria de la complementaria[22]. Aquella se corresponde con la actividad regular que desempeña el residente en la unidad asignada donde efectúa su labor. Para este caso se explicita en el artículo 5.1 que la duración de la misma no podrá superar 37.5 horas de promedio en cómputo semestral, si bien cabe la posibilidad de que el módulo de referencia no sea seis meses sino otro periodo diferente si así se acuerda en pacto o convenio colectivo.

Por su parte, las horas de jornada complementaria serán aquellas que el residente realiza para la prestación de servicios de atención continuada y con el fin de garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios[23]. En este sentido, el apartado 1. c) del artículo 5 establece una doble limitación a la realización de estas horas complementarias. De un lado, las previstas en el programa formativo que se establezca para el curso correspondiente y, de otro, una limitación adicional que aparece como "techo" por el que no se podrán superar siete en el mes. Sin embargo, un aspecto no recogido normativamente es la duración que las guardias deben tener. Cuestión que, evidentemente, condiciona el tiempo de trabajo. Pese a ello, y de conformidad con lo establecido por la disposición transitoria primera de la Ley 55/2003 la jornada máxima semanal no podrá superar las 48 horas, por lo que la suma de jornada ordinaria y complementaria estará topada, funcionando como límite para el caso de este último tipo de horas[24].

Asimismo, y también relacionado con lo anterior, el residente en proceso de especialización, tendrá derecho a un descanso mínimo entre jornadas de doce horas. Excepcionalmente y por razones de emergencia asistencial[25] se podrán

[22] A diferencia de lo que ocurre con el personal estatutario, los residentes no realizarán la denominada jornada especial de trabajo (art. 49 de la Ley 55/2003) en tanto no se dispone como tal en la regulación de esta relación especial.

[23] A falta de definición de su concepto por el RD 1146/2006 estimamos resulta de aplicación lo delimitado en el artículo 48.1 de la Ley 55/2003.

[24] Dado que la jornada máxima ordinaria de trabajo es de 37.5 horas semanales y la duración máxima de trabajo es de 48 horas en este periodo en cómputo semestral, resulta que semanalmente existen 10.5 horas que puede disponer la programación funcional del centro a la semana en cómputo semestral para la realización de estas horas complementarias. Ese cómputo semestral puede ser alterado por pacto o convenio, entendiendo que por esta vía de acuerdo sólo se podrá reducir su duración en función de lo dispuesto en la Directiva 2003/88 de ordenación de tiempo de trabajo en su artículo 17.5 in fine.

[25] Concepto que no aparece delimitado normativamente pero que entendemos debe valorarse de forma muy excepcional derivado de situaciones graves e imprevisibles (desastres naturales, epidemias... etc.)

aplicar el régimen de descansos alternativos que recoge el artículo 54 de la Ley 55/2003. En cuanto al descanso mínimo semanal no se realiza ninguna referencia directa en la disposición reglamentaria por lo que habrá que acudir de nuevo a esta Ley. En su artículo 52 se expone que tendrá derecho a un descanso medio mínimo continuado de veinticuatro horas semanales al que habrá que añadirse otras doce horas ininterrumpidas de descanso mínimo diario. No obstante el periodo de referencia para el cálculo de ese descanso es de dos meses. Esta última opción normativa no sólo supone una minoración de derechos de estos profesionales sanitarios respecto del trabajador común, sino que también puede afectar tanto a la efectividad de su trabajo como a su propia integridad física y psíquica, dadas las amplias posibilidades de distribución de jornada que dispensa la actual normativa. De esta situación podemos deducir una mayor preponderancia del elemento asistencial sobre el formativo, debiendo tener este último una mayor prevalencia respecto del anterior dada la finalidad primordial que tiene esta relación.

También deberemos acudir la Ley 55/2003 a la hora de delimitar la pausa en el trabajo para aquellas jornadas continuadas que superen las seis horas, ante la imprevisión del reglamento regulador de este personal. En concreto el artículo 50 explicita el derecho a disfrutar de un periodo mínimo de quince minutos que tendrá la consideración de tiempo de trabajo si lo dispone así una norma, pacto o acuerdo[26] por lo que la ausencia de este hecho implicará la no consideración como tal.

Por su parte, y fuera del articulado del RD 1146/2006 se incorporan, en su disposición adicional tercera, algunas condiciones especiales de la jornada laboral para determinados supuestos[27] que pretenden conciliar la vida laboral y familiar, sin que ello suponga una disminución del número de horas establecidas. Pese a la existencia de ciertos impedimentos no suspensivos, quizá la finalidad normativa sea la de una cierta adecuación horaria, sin merma del proceso formativo, que desde nuestra perspectiva es escasa.

Con pocas particularidades respecto al régimen del trabajador común, el reglamento regulador recoge las fiestas, permisos y vacaciones remitiéndose al ET[28] para su ordenación. No obstante, se produce una diferenciación entre los residentes que presten servicios en entidades públicas y privadas ya que los primeros gozarán de los mismos días de libre disposición que tenga el personal estatutario mientras que los que realicen su actividad en centros privadas habrá que estar a lo negociado por ellos.

---

[26] En los términos del artículo 58 de la Ley 55/2003.

[27] Específicamente se permite realizar jornadas diarias no superiores a doce horas en situaciones de: embarazo, guardia legal de menor o persona con discapacidad, cuidado directo de familiar o guardia y custodia no compartida de un hijo menor de edad.

[28] Concretamente al artículo 37, apartados 2,3,4 4 bis, 5, 6 y 7 y al artículo 38 de este texto

Por otro lado, las vacaciones y las fiestas de este personal se van a ver condicionadas en cuanto a su fijación por los programas de docencia y las necesidades asistenciales del centro, sin perjuicio de que habrá que estar a lo dispuesto en la normativa autonómica o a los convenios o acuerdos colectivos en donde se pudiera establecer algún mecanismo alternativo de delimitación de estos periodos de descanso que posibilite el acuerdo entre las partes, de manera similar a lo indicado para el trabajador común.

6. RETRIBUCIONES

Ya desde el preámbulo del RD 1146/2006 se destaca el consenso adoptado para el establecimiento de un marco retributivo común para todos los residentes, si bien se posibilita que los servicios de salud de las comunidades autónomas puedan instituir diferencias específicas en función de sus propias políticas sanitarias. Por tanto esa homogenización se verá modalizada en función de las competencias territoriales y del resto de fuentes reguladoras de esta relación laboral especial. Junto a ello, el marco normativo de referencia realiza una diferenciación entre las retribuciones para aquellos residentes que trabajan en servicios públicos y los que los efectúen en centros privados titulares de unidades docentes acreditadas, por lo que dicha homogeneidad quiebra al diferenciar estos supuestos, aunque se establece un mínimo igualatorio como veremos a continuación.

Respecto de los primeros la norma reglamentaria recoge los principales elementos retributivos[29] que componen el salario desgranando las partidas que lo integran. El sueldo, que se equipara al sueldo base del personal estatutario, será el determinado por las Leyes de presupuestos de cada comunidad autónoma -respetando los límites que los generales del estado establezcan-, en función del título universitario exigido para el desempeño de su profesión. Esta partida, asimilable al salario base en la relación laboral común, se verá incrementada con otros conceptos salariales que aparecen como complementarios a él.

El complemento de grado de formación se estructura en el artículo 7.1 b) de la norma reguladora en función de un determinado porcentaje sobre el sueldo, comenzándose a abonar desde el segundo año de residencia. El incremento de su cuantía, derivado del número de años en los que se presta el servicio, se debe al aumento de los conocimientos alcanzados, así como al hecho de una progresiva adquisición de responsabilidades en el ejercicio de su labor. La naturaleza de este complemento es dispar al incluir en él tanto aspectos relativos al número de años de actividad (que podría en cierta medida tener relación con el complemento de

[29] Hemos de indicar que los gastos de viaje a los que tendrá derecho el trabajador en supuestos de rotaciones externas (art. 8.2) serían equiparables a las establecidas en el artículo 25.2 del ET como conceptos extrasalariales.

antigüedad[30]) como los derivados de una mayor responsabilidad (asimilable a aspectos del complemento específico) entre otros. La fijación que realiza la normativa de referencia debe ser considerada desde nuestro punto de vista como límite mínimo, de manera que los acuerdos autonómicos o la negociación colectiva podrían incrementar su cuantía siempre respetando los márgenes presupuestarios aplicables. En cualquier caso este plus queda integrado, junto al sueldo, como módulo de cálculo de las dos pagas extraordinarias a las que tiene derecho el residente[31].

La tercera partida salarial recogida es la referida al complemento de atención continuada. La causa que supone el aumento salarial viene derivada por el cuidado a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada[32]. Al ser un complemento, que podemos situarlo en la órbita de los derivados del trabajo realizado, sus elementos cuantificables pueden ser dispares y deberán ser definidos por medio de los acuerdos o convenios realizados con los respectivos servicios de salud o entidades privadas en función a diversos parámetros, como pueden ser las horas complementarias, nocturnidad, turnicidad, trabajo en festivos, etc.[33]. Precisamente la falta de identificación por parte de la norma reglamentaria de los criterios de valoración de este complemento deja a la negociación plena libertad para su cuantificación, lo que posibilita que incluso se pudiera remunerar de forma inferior las cantidades a percibir que las consignadas para las horas ordinarias de trabajo.

[30] A diferencia de lo que ocurre con el personal estatutario, hay que tener en consideración como numerosas sentencias, entre ellas las del TSJ de Cantabria de 18 de julio de 2007, (AS 2007/2690) o TSJ de Valencia de 5 de junio de 2008 (JUR 2008/274067) avalan la no inclusión del complemento de antigüedad para estos residentes dentro de la estructura retributiva. Sobre la evolución de esta materia puede consultarse a Pérez Domínguez, F. "La denegación del complemento por antigüedad de los médicos internos residentes", Temas Laborales núm. 101, 2009. Más recientemente el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de octubre de 2010 (RJ 2010/8459) mantiene este criterio al no considerarlo discriminatorio por el carácter formativo que posee esta relación especial. Respecto a esta sentencia puede consultarse el comentario realizado por Valdés Alonso, A, en "El complemento de antigüedad en la relación laboral de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud", Relaciones Laborales, núm. 8, 2011.

[31] Sin la posibilidad de que puedan ser prorrateadas a lo largo del año en tanto que el artículo 7.2 dispone específicamente que deberán ser cobradas en junio y en diciembre.

[32] Hay que tener en consideración que en los supuestos de rotaciones externas el centro de origen deberá pagar todas las retribuciones, incluidos los complementos de atención continuada, según se indica en el artículo 8.1 d).

[33] Respecto a si este complemento forma parte de la retribución por vacaciones, entendemos que debiera incorporarse al ser una retribución normal dentro de los emolumentos percibidos por el residente. En este sentido puede consultarse la sentencia del TSJ de Cataluña de 2 de febrero de 2017 (AS 2017/415). Doctrinalmente Monreal Bringsvaerd, E., sostiene la misma postura en *La relación laboral del residente sanitario* La Ley, Madrid, 2009, p. 269.

Por último, en cuanto a los complementos, el artículo 7.1 d) RD 1146/2006 dispone de un plus de residencia que será abonado a quienes efectúen su labor en Ceuta Melilla, Baleares o Canarias, integrándose en los que conforman los denominados de puesto de trabajo.

Como ya adelantábamos anteriormente, la delimitación de las retribuciones para los residentes contratados por entidades privadas será la indicada por el convenio colectivo aplicable. Sin embargo, el artículo 7.4 del reglamento de referencia establece un mínimo inderogable que comprenderá al menos el sueldo, el complemento de grado de formación y las dos pagas extraordinarias. La falta de inclusión del complemento de atención continuada y, eventualmente, el plus de residencia, pueden generar una disparidad retributiva en función del lugar donde se efectúe la residencia; cuestión que también puede apreciarse según, no sólo del tipo de entidad privada o pública donde se preste el servicio, sino también en estas últimas dependiendo de las cantidades recogidas en los convenios o acuerdos celebrados con los distintos servicios de salud de cada comunidad autónoma.

7. VICISITUDES. LAS ROTACIONES

Desde la perspectiva de los cometidos encomendados al residente y el posible cambio de estos por el centro empleador, cabe afirmar que cualquier cambio de funciones deberá encontrar justificación en necesidades objetivas de la unidad docente[34] y en tanto la modificación se adecue a los contenidos del programa formativo y al plan individual de formación del residente.

La rigidez va a ser la nota característica del desenvolvimiento de la relación laboral del residente en la medida que el margen de actuación del empleador en este sentido se encuentra delimitado por la función formativa de la relación laboral concertada. El trabajador tiene derecho a cursar su residencia en la plaza conseguida y la administración debe permitir el cumplimiento del programa formativo. Las incidencias, como veremos de inmediato, provendrán de distintas circunstancias y, junto a éstas, o mejor dicho, antes de introducirnos en el análisis de la suspensión, merece indicarse una causa de modificación que, aunque con carácter muy excepcional, sí que aparece prevista por el legislador desde la perspectiva del aseguramiento de la continuidad del proceso formativo y la conservación del esfuerzo de la administración en esa labor programada de capacitación de profesionales de la salud. Se trata de los cambios de especialidad. Cambios que puede solicitar el residente, que se encuentran sometidos a un proceso de solicitud, cumplimiento de requisitos y autorización y que, en definitiva, permite al trabajador cambiar la especialidad que esté cursando, por una sola vez, y si

[34] MONREAL BRINGSVAERD, "Régimen jurídico de la relación de residencia" op. cit., p. 45

existe, claro está, plaza vacante en la especialidad que pretende cursar[35]. Ello solo se admitirá cuando el residente cursa aún los dos primeros años de la residencia y en su convocatoria hubiera obtenido un número de orden en la pruebas selectivas anuales que le hubiera permitido acceder a plaza de la especialidad a la que pretende cambiar. Supuesto único de alteración en, valga la redundancia, el objeto del objeto del contrato, la formación, que precisará de los oportunos informes de las comisiones de docencia de las unidades de docencia del centro o unidad de origen y destino y que decide el Ministerio de Sanidad, previo informe de la comunidad autónoma, que actúa como límite espacial para realizar el cambio.

Al cursar los periodos formativos, en el marco del normal desarrollo del contrato de trabajo, el personal residente realiza temporalmente desplazamientos para acudir a centros sanitarios y/o de investigación que le supongan viaje o cambio de rutina en su agenda de movimientos habituales. Son desplazamientos por tanto formativos que resultan precisos o que derivan del programa de formación. Son lo que se conoce como *rotaciones* del personal residente. Se corresponden con el programa formativo y se encuentran adaptados al perfil del residente tanto por la comisión de docencia como por el tutor del mismo. Pero además son una consecuencia del derecho del residente a cursar el programa formativo en la misma unidad docente en la que obtuvo su plaza de residencia[36].

Tales rotaciones aparecen previstas en la memoria de acreditación de la unidad docente donde se desarrolla el programa de formación o centro al que pertenece tal unidad[37] y la normativa, por estar así previstas, las reconoce como *rotaciones internas*. Las rotaciones internas, por lo tanto, quedar reflejadas en el contrato de trabajo como consecuencia de la mención que éste hace, obligatoriamente[38], al programa formativo. No comportan por tanto movilidad geográfica del residente, pues de hecho no implican decisión del empleador una vez en curso la relación laboral, sino que están previstas, y no conllevan efecto económico añadido a las previsiones retributivas ya analizadas (ni compensación por gastos de desplazamiento, viaje, etc.). El residente que cumple una rotación interna percibirá, con normalidad, eso sí, desde luego, la retribución regular correspondiente a la atención continuada que realice en ese centro o unidad por el que rota[39].

---

[35] Art. 31 RD 183/2008, de 8 de febrero.

[36] Ya que el programa formativo se seguirá en la misma unidad docente acreditada en la que el residente haya obtenido plaza en formación. Cfr. art. RD 183/2008 de 8 de febrero

[37] Así está previsto y, como se vio, forma parte de los extremos que debe contemplar la formalización del contrato de trabajo. Art. 2.2.c) RD 1146/2006

[38] Art. 2.2.f) RD 1146/2006

[39] No de otra forma cabe interpretar la previsión del art. 8.4 RD 1146/2006 al indicar que las rotaciones internas *«no conllevarán derecho económico alguno»*. Cfr. Baz Rodríguez, J., en El contrato de trabajo de los residentes sanitarios op. cit., p. 169

De otro modo cuando el desplazamiento en rotación del residente no aparezca prevista en el programa de formación ni en la acreditación del centro o unidad docente nos hallamos, por exclusión, con la denominada *rotación externa*. Un supuesto especial de vicisitud del contrato de residencia que cuenta con regulación propia y distinta[40] a la prevista por el artículo 40 del ET en materia de movilidad geográfica. Porque, en realidad, tampoco la rotación externa cuenta con las características de la movilidad geográfica; no se trata de avalar, reconociendo un poder unilateral, el interés del empleador a la hora de organizar los recursos humanos. El objetivo va a ser, un vez más, auspiciar la mejor formación del personal residente, en términos de especialización. Y para ello a propuesta del tutor, y previo informe favorable de la comisión de docencia, el órgano competente de la Comunidad Autónoma donde se cursa la residencia, va a autorizar la rotación, externa, del residente en un concreto y acreditado centro, nacional o extranjero, al que el residente se desplazará, con la previa conformidad también del centro de destino para la rotación[41], para ampliar conocimientos o adiestrarse en la práctica de técnicas desarrolladas en el centro de rotación externa. La finalidad de la rotación externa va a ser siempre, dentro del programa de formación, un complemento de éste. La rotación externa por consecuencia implica al trabajador la necesidad de cambiar de lugar de residencia y un cambio en la persona del empleador[42] y si se abunda en el factor de iniciativa del tutor, cabría apreciar un cierto contenido obligatorio[43].

Todo ello, conlleva un procedimiento administrativo en el que cada órgano, tutor, comisión de docencia, órgano de la administración autonómica autorizante y comisión de docencia del centro receptor para o donde realizar la rotación, participan según su respectivo cometido conforme al principio de motivación que se sustentará en todo caso en directrices o criterios científicos y de oportunidad técnica.

Por lo demás las rotaciones externas se encuentran limitadas en cuanto a su duración que, en el marco de cada período de evaluación anual, no podrán superar cuatro meses continuados ni los doce meses en el arco temporal de la totalidad del periodo de formación en la especialidad[44]. Bien que en esos cuatro meses ininte-

[40] Art. 8.1, 2 y 3 RD 1146/2006 y art. 21 RD 183/2008 de 8 de febrero

[41] Que, a la postre es quien de facto autoriza efectivamente la rotación externa; mejor dicho, la comisión de docencia del centro de destino. Suponiendo, claro, que se trate de un centro nacional o extranjero que cuente con comisión de docencia.

[42] MONREAL BRINGSVAERD, Elementos institucionales de la relación de residencia op. cit., p. 45

[43] Desde ese punto de vista sí que la rotación externa, pese a su finalidad formativa complementaria, tendría cierta similitud con el carácter impuesto de la movilidad geográfica, y de ahí también toma sentido la limitación legal de su duración máxima.

[44] Art. 21.2.c) Real Decreto 183/2008.

rrumpidos el residente, cumplidos para cada rotación los mencionados requisitos de procedimiento, podría cursar simultáneamente varias rotaciones externas[45].

Todas las rotaciones externas van a aparecer consignadas en el libro del especialista en formación, individualmente, además del informe de evaluación que emitirá el centro o unidad de rotación externa[46]. Centro o unidad receptor del residente en rotación externa que informará oportuna y periódicamente al centro o unidad de origen del residente, es decir, a la entidad docente titular del contrato de residencia, de la jornada complementaria que realice el residente, porque el empleador del residente se habrá obligatoriamente comprometido a seguir retribuyendo a su residente su retribución y, en ésta, las cantidades correspondientes a la atención continuada que realice su residente durante la rotación externa en el centro receptor, es decir, las horas de guardia, etcétera. Aquí, la normativa es tajante: el centro o unidad receptor del residente en rotación externa va a recibir los servicios profesionales de ese personal en rotación externa acogido y el centro o unidad, mejor dicho, la entidad titular del centro o unidad al que pertenece el residente en rotación externa remunerará tanto «la totalidad de sus retribuciones, incluidas las derivadas de la atención continuada que realice durante la rotación externa» como compensará los gastos de viaje[47] del residente conforme a las normas y acuerdos aplicables al centro o unidad «correspondiente»[48].

8. SUSPENSIÓN Y EXCEDENCIA

Como consecuencia del fin primordialmente formativo de la relación laboral de carácter especial del residente y los continuos cambios en los conocimientos médicos, lo deseable es que el residente realice el programa de formación de manera continuada y con las mínimas interrupciones. Sin embargo, es también lógico que concurran causas razonables, justificadas y objetivas, que hagan necesaria la suspensión de la relación laboral. En tales casos la formación en régimen de residencia pasa bien por prórrogas o bien por repeticiones de los contenidos.

La regulación en materia de suspensión de la relación laboral especial del residente comporta los efectos generales típicos[49] de la suspensión (art. 45.2 ET) y, como especificidad, parte, en primer lugar, de la distinción entre la suspensión total y la suspensión parcial en dedicación horaria de la relación laboral.

[45] Y por supuesto, podría simultanear una rotación interna con otra externa.

[46] Art. 8.3 RD 1146/2006.

[47] Art. 21.2 RD 183/2008 de 8 de febrero.

[48] O conforme al acuerdo, en su caso, alcanzado individualmente entre el residente y su centro o unidad de residencia y especialización.

[49] Incluida, sin duda, la observancia del deber de buena fe.

Cuando la suspensión es parcial, y pese a la previsión al regular la jornada de prohibición de celebración de contratos del personal residente con jornada a tiempo parcial[50], ello no empecé para que en sede de suspensión, de conformidad con el artículo 3.4 RD 14/2016, se reconozca la posibilidad de autorizar la prórroga del contrato por el tiempo necesario para completar el período formativo o su repetición completa, previo informe de la comisión de docencia correspondiente, cuando la evaluación anual negativa traiga causa de la imposibilidad de realizar la prestación de servicios en un porcentaje superior al 25% de la jornada anual como consecuencia de la suspensión legal de la relación laboral del residente.

Respecto a la suspensión total de la relación laboral de carácter especial de residencia el legislador distingue si ésta alcanza o no una duración de dos años.

Si la suspensión de la relación laboral es total, es decir que el residente, por un tiempo superior a dos años, deja de prestar servicios y ver retribuidos éstos por completo, su posterior reincorporación al programa formativo va a depender de la decisión de la Comisión de Docencia de la especialidad. Aunque ello, afirma la norma, suponga la repetición de algún período evaluado ya positivamente.

Distinto ocurrirá si la suspensión total no alcanza el periodo de dos años, en cuyo caso, es posible para el residente recuperar o repetir el tramo del programa formativo pendiente de cursar.

Como marco general la suspensión de la relación laboral de carácter especial del residente es posible en los términos del artículo 45.1 ET, salvo los supuestos de mutuo acuerdo y de causas consignadas en el contrato[51]; en idéntico sentido la excedencia es posible en los términos previstos por el artículo 46 ET salvo en su párrafo segundo, es decir, excepto la excedencia voluntaria, cuya posibilidad queda por tanto vedada, aunque la Disposición Adicional 3ª RD 1146/2006, a fin de coadyuvar la conciliación de la vida familiar personal y laboral, garantiza al residente la no realización de jornadas superiores a doce horas, como condición especial de su jornada laboral.

Más específicamente se prevé que si la suspensión de acuerdo con el artículo 45.1.i) y 45.1.j) ET, es decir, por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pese a su naturaleza temporal, supera el umbral de los seis meses, determina la extinción automática del contrato de trabajo[52]y fija la obligación de la administración sanitaria de ofrecer al residente la continuación de su formación en otra unidad docente, suscribiendo un nuevo contrato[53]. La

[50] Vid. Art. 5.3 RD 14/2016.

[51] Tampoco resulta admisible por tanto que la situación de excedencia pueda extenderse a otros supuestos colectivamente acordados *ex* art. 4.6 ET, que no es citado por el art. 9 RD 1146/2006.

[52] En paralelo así lo señala el art. 11.1.f) RD 1146/2006.

[53] Art. 11.2 RD 1146/2006.

norma no contempla plazo para la reanudación de la formación en este supuesto de extinción obligatoria ni los efectos de la misma respecto a la posible prestación por desempleo del trabajador residente que pierde, al menos temporalmente, hasta nuevo contrato, su empleo[54].

Y también cuenta con un tratamiento singular la suspensión decidida por la residente que se ve obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género pues, junto a la previsión común de suspensión prevista por el art. 45.1.n) ET con la duración prorrogable por otros seis meses que prevé el art. 48.10 ET, se establece un supuesto de readscripción por cambio de unidad docente cuando la residente se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando servicios y sea necesario un cambio de residencia. En este caso la trabajadora queda amparada por el derecho preferente a que se le asigne otra plaza de residente que esté vacante en otra unidad docente de otra localidad[55] para proseguir cursando la formación de la misma titulación y especialidad. De esta manera la secuencia posible pasa por una suspensión inicial (*ex* art. 45.1.n) ET) que, con prórroga o no, puede sucederle un cambio por derecho preferente de unidad docente por el periodo inicial de seis meses, durante los cuales el centro o unidad de origen tendrá la obligación de reservar la plaza que venía ocupando la residente trasladada, que finalmente deberá optar entre regresar a su unidad de origen o continuar en su formación en la unidad a la que optó trasladarse y en la que cursa un nuevo contrato, extinguiéndose entonces el contrato suspendido en su unidad de origen[56].

9. EXTINCIÓN

En materia de extinción, con carácter general, la relación laboral de carácter especial de residencia, se encuentra remitida al régimen laboral común (art. 49 ET), salvo para los supuestos del mutuo acuerdo y las causas consignadas válidamente en el contrato, que son excluidas. En paralelo la norma específica realiza un trabajo de adaptación del fenómeno extintivo de acuerdo con la función temporal del contrato de residencia y el fin de la relación laboral de carácter especial del residente, la adquisición de competencias profesionales por el especialista en formación. De hecho la primera causa de extinción va a ser haber obtenido la evaluación positiva en el último año de formación y haber finalizado entonces el programa de la especialidad, con el efecto anudado del derecho a obtener el título de especialista[57]. Así, al analizar la extinción del contrato de trabajo de residencia,

[54] Baz Rodríguez, J., en El contrato de trabajo de los residentes sanitarios, op. cit., p. 175.

[55] Disp. Adic. 4ª RD 1146/2006.

[56] Supuesto comprendido como causa de extinción del contrato por el art. 11.1.j) RD 1146/2006.

[57] Art. 1.2 RD 183/2008 de 8 de febrero. Aunque la primera causa en realidad de extinción

desde el punto de vista de la causación, encontramos las mismas causas extintivas del régimen laboral común, con las siguientes particularidades.

En síntesis de partida cabe observar un tratamiento diferenciado de las causas y los correspondientes efectos de la extinción de la relación laboral de carácter especial de residente dependiendo de la imputabilidad o no al trabajador residente de la causa extintiva. Y ello, una vez más, vinculado y basado en el fin formativo que impregna el objeto del contrato y la causa del mismo, de modo que salvo que la extinción del contrato de trabajo no traiga causa en la voluntad del residente, con carácter general, y como cláusula de cierre, la norma prevé que la resolución del contrato de trabajo supone la extinción en paralelo de los derechos derivados de la superación de la correspondiente prueba nacional selectiva que permitió al trabajador acceder a la plaza de residente y cursar el programa formativo de la especialidad en cuestión. El legislador además, afianza el alcance de este efecto extintivo advirtiendo que extinguida la relación laboral, el residente, que lo fue, no puede incorporarse a la formación en otra especialidad sin antes volver a superar la prueba nacional selectiva (art. 11.4 RD 1146/2006).

En primer lugar como veremos el despido disciplinario se encuentra expresamente previsto como sanción correspondiente por faltas muy graves[58], salvo, eso sí, que los convenios colectivos establezcan otra cosa. En segundo lugar, el contrato de trabajo de residencia se extingue cuando finaliza el periodo de formación y culmina el programa de la especialidad, una vez que ha sido cursado el tiempo convenido es decir, los años precisos para cumplirse el objeto del contrato. La continuación de prestación de servicios y el incumplimiento por el empleador de la denuncia expresa del contrato implica el comienzo de una relación laboral por tiempo indefinido entre el centro médico y el especialista recién formado.

En tercer lugar la evaluación anual negativa es causa de extinción del contrato de residencia a no ser que bien [(a)]el Comité de Evaluación acuerde la prórroga del contrato para alcanzar los objetivos formativos mediante un plan de recuperación específica y programada[59] o [(b)]bien, como se dijo en materia de suspensión, se autorice la prórroga del contrato por el tiempo necesario para completar el período formativo o su repetición completa, cuando la evaluación negativa se debe a la imposibilidad de la prestación de servicios superior al veinticinco por ciento de la jornada anual como consecuencia de la suspensión del contrato o de otras causas legales.

---

del contrato es no superar el examen médico previsto en las bases de la convocatorias anuales, vid. En este sentido a STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 2ª) núm. 1148/2015, 29.10 Ponente Montiel González.

[58] Art. 14.3 RD 1146/2006.

[59] Plan que el residente cumplirá dentro de los tres primeros meses del siguiente año lectivo conjuntamente con las actividades formativas del nuevo año lectivo.

La no superación de la evolución anual, salvo las previsiones anteriores, es condición resolutoria del contrato de residencia. La Comisión de Docencia comunica la evaluación negativa al Gerente de la institución sanitaria que formalizará la extinción del contrato.

Lo mismo ocurre si la evaluación final no es superada por el residente y si no procede un plan de recuperación mediante la prórroga del contrato… finalizara la relación laboral de carácter especial de residencia. Supuesto específico de dimisión *ad nutum* es la renuncia tacita del residente que sin alegar causa que se lo impida no realice la recuperación o repetición autorizada para superar una evaluación negativa.

Y un muy singular supuesto extintivo sucede cuando por fuerza mayor bien por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se prolongue más allá de seis meses la suspensión temporal del contrato de residencia (art. 11.f) RD 1146/2006) cuyo efecto vimos al analizar los supuestos de suspensión, basado en la frustración del fin formativo del contrato.

Como también ocurre cuando la autoridad retira a la unidad docente la acreditación para la formación de especialistas que determinará la extinción del contrato y la oferta de otra plaza de residente en otra unidad docente acreditada (art. 11.1 RD 1146/2006). El interrogante surge cuando la interrupción supera los seis meses y, además, se demora la formalización de un nuevo contrato para continuar o retomar el programa formativo. De todos modos la singular causa de extinción que deriva de la perdida por la unidad docente de la autorización administrativa, la acreditación, para la formación de especialistas (art. 11.1 RD 1146/2006), va a afectar al residente dependiendo el tipo de revocación de la acreditación[60].

Por otra parte, desde el punto de vista ahora de los efectos de la extinción de la relación laboral de carácter especial, no procede percibir indemnización por el fin del contrato como consecuencia de la finalización del programa formativo (art. 11.1.a) RD 1146/2006), como tampoco procede indemnización por fin de contrato por haber obtenido una evolución anual, o final, negativa; por supuesto tampoco en el caso de renuncia del residente, ni cuando la relación se extinga, para iniciar un nuevo contrato, tras la suspensión del contrato de trabajo durante más de seis meses por causa de fuerza mayor temporal o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ni cuando la extinción derive de la pérdida de acreditación formativa de la unidad docente (art. 11.1.e) RD 1146/2006).

[60] Así, por ejemplo, en el supuesto de suspensión de acreditación u otras medidas cautelares que no conllevan la desacreditación total y definitiva sino parcial de la unidad docente, procediendo a la redistribución parcial o total de los residentes afectados en otras unidades docentes. Cfr. art. 5.2 RD 183/2008 de 8 de febrero.

La peculiaridad más relevante viene con ocasión de la regulación del despido disciplinario, únicamente previsto como sanción por falta grave[61], salvo que los convenios colectivos establezcan otra; porque el despido disciplinario que resulte declarado improcedente concede al trabajador, no al empresario, el derecho a optar entre la indemnización o la readmisión en su puesto de trabajo.

Si el residente opta por la indemnización, la relación laboral, claro está, quedará extinguida y percibirá la indemnización correspondiente al despido improcedente, en los términos previstos en el régimen laboral común. Pero si el residente opta por la readmisión, ésta se producirá en función del tiempo transcurrido desde que fue despedido hasta el momento de la readmisión en ejecución de sentencia, remitiendo la normativa a la previsión, (art. 9 RD 1146/2006), de reincorporación tras la suspensión de la relación laboral. Es decir, si hubiere transcurrido dos años desde la efectividad del despido hasta la reincorporación del residente a su unidad docente, el residente se incorporará en la parte del programa de formación que acuerde la Comisión de Docencia, aunque ello suponga la repetición de algún periodo evaluado ya positivamente. La inversión en favor del trabajador de la opción entre la readmisión y la indemnización resulta insuficiente garantía para cierta doctrina de la continuidad del desarrollo del programa formativo[62].

10. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Como trabajadores por cuenta ajena el personal residente en formación incurrirá por las faltas que cometa[63] en responsabilidad disciplinaria y se encuentra sometido al poder disciplinario del empresario.

El ejercicio de la facultad disciplinaria empresarial se encuentra específicamente regulada, siguiendo la secuencia legislativa del Estatuto de los Trabajadores, sobre todo en sede de delimitación, alcance y graduación, y con algunas singularidades, principalmente en cuanto al procedimiento de ejercicio de la facultad disciplinaria por el empresario, disponiendo la participación de varios sujetos jurídicos.

Conforme al modelo de la relación laboral común o general, la graduación de las faltas disciplinarias tiene carácter indisponible y por tanto solo pueden ser calificadas leves, graves o muy graves[64]. La tipificación de las sanciones, sin

[61] Art. 14.3 RD 1146/2006.

[62] Hubiera sido más garantista ofrecer la opción al residente de ser reincorporado en otra unidad docente y esto, tal vez, en compensación por el perjuicio que con seguridad va a significar le tener que repetir el estudio de contenidos actualizada. Vid. BAZ RODRÍGUEZ, J., op. cit., p. 188.

[63] Art. 12 RD 1146/2006.

[64] Art. 13.1 RD 1146/2006.

embargo, queda remitida a lo que dispongan los convenios colectivos, en cuyo defecto el legislador fija un régimen de sanciones sencillo, pero a la vez poco flexible[65]: apercibimiento para las faltas leves, suspensión de empleo y sueldo hasta un máximo de dos meses por faltas graves y el despido como sanción por faltas muy graves[66].

La peculiaridad, como se adelantó, viene dada por dos aspectos del procedimiento, por lo demás indisponible. Primero, la fecha y los hechos constitutivos de falta disciplinaria han de ser comunicados al residente siempre por escrito, cualquier que sea su calificación[67] y esto con carácter previo a la imposición de la sanción[68]. Y en segundo lugar el procedimiento disciplinario se ordena a partir de la participación de cuatro sujetos intervinientes, además, claro está, del trabajador afectado: primero, el responsable de la gestión de personal del centro, que es quien toma la iniciativa sancionadora; segundo, la comisión de docencia, que va a intervenir en el caso de faltas graves o muy graves; tercero, el comité de empresa, que será informado de las sanciones impuestas a los residentes por faltas muy graves; y en cuarto lugar, que será quien imponga, en su caso, la sanción, el órgano competente de la institución sanitaria a la que pertenezca la unidad docente.

Para imponer una sanción disciplinaria al residente, si finalmente procede de hacerlo, el responsable del personal del centro ha de comunicar por escrito al trabajador residente la fecha y los hechos comportan el incumplimiento, así como su posible calificación. El trabajador dispone de diez días para formular las alegaciones que estime pertinentes. Si la calificación inicial de la falta es grave o muy grave, el mismo responsable de la gestión de personal trasladará el escrito dirigido al presidente de la comisión de docencia[69], que va a disponer de un plazo también de diez días para elevar al responsable de personal del centro las consideraciones que a su criterio deban tenerse en cuenta. Transcurridos ambos plazos de diez días será el órgano competente en materia sancionadora de la institución sanitaria quien comunique al trabajador, también por escrito, finalmente, bien el sobreseimiento o bien la sanción, los hechos que la motiva y la fecha, así como la calificación de los mismos.

---

[65] De La Puebla Pinilla, A., en "La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre)", Relaciones Laborales, núm. 3, 2007, laleydigital p. 4/14 pdf.

[66] Art. 14 RD 1146/2006.

[67] Se aparta así de la previsión común del art. 58.2 que solo obliga a comunicar por escrito al trabajador la sanción de faltas graves y muy graves.

[68] Art. 15.2 RD 1146/2006.

[69] Notificación que, como se dirá más abajo, interrumpe el curso del plazo de prescripción de la presunta falta; como, igualmente ocurre, tras la comunicación al trabajador.

Si a resultas del procedimiento sancionador el trabajador residente en formación fuera sancionado por falta muy grave el comité de empresa deberá ser informado, por escrito también, entendemos, tanto del curso del procedimiento, y el cumplimiento de las previsiones legales mencionadas, como de los hechos que dan lugar a la sanción. Piénsese que, de no existir, como resultado de la negociación colectiva, un orden de sanciones distinto, la sanción por falta muy grave es el despido… La copia o trasunto en este punto del art. 64.4.c) ET aquí resulta insuficiente y lo deseable hubiera sido el traslado de la comunicación por escrito prevista al trabajador también a sus representantes[70].

Sin duda el régimen disciplinario del personal residente, su contenido, guarda particular relación con el deber del residente de formarse siguiendo las instrucciones de su tutor y del personal sanitario y de los órganos de dirección y docentes que se encargan del buen funcionamiento del centro y del desarrollo del programa de formación de la especialidad correspondiente[71], contribuyendo a los fines propios de la institución sanitaria. Y desde ese punto de vista toma sentido que, tratándose de residentes que ocupen plazas en unidades docentes acreditadas tanto de titularidad pública como privada, en ausencia de regulación por convenio colectivo, tenga aplicación supletoria la tipificación de las faltas establecida para el personal estatutario sanitario de los servicios de salud en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Por tanto habrá en cada caso que armonizar la citada tipificación de faltas con las obligaciones del residente basadas en el titulo formativo universitario que le dio paso a cursar la especialidad y, por supuesto, las actividades programadas dentro del plan formativo de la misma, puesto que el contenido de la prestación del residente se deduce del correspondiente programa formativo[72].

Por otra parte en este punto adquiere notable importancia, por contraste, a la hora de identificar lo que deba ser considerado como un comportamiento correcto o no del residente, desde el punto de vista disciplinario, y en relación con la función asistencial que progresivamente va asumiendo, conforme avanza en su periodo de residencia, la observancia de otros deberes, en este caso del tutor, de supervisión y control, del residente. El legislador además reconoce la necesidad de esa supervisión y, en concreto para el primer curso de la especialidad, impone que está sea de presencia física y llevada a cabo por los profesionales que presten

[70] Y no dejar en manos de la voluntad del residente afectado que el comité de empresa pueda conocer los hechos imputados antes de ser decidida la sanción.

[71] Art. 4.2.b) RD 1146/2006.

[72] Ya que *«los objetivos asistenciales constituyen el principal referente del tipo de funciones exigibles al MIR-DIR»*, Vid. MONREAL BRINGSVAERD, *Régimen jurídico de la relación de residencia*, op. cit., p. 23

servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad por los que el residente esté rotando o prestando servicios de atención continuada[73].

No en vano, toma aquí todo su sentido la mención en el cuerpo de derechos del residente, la designación de un tutor que le asistirá, afirma la norma[74], durante el desarrollo de las actividades previstas en el programa formativo y, sobre todo, el derecho a conocer qué profesionales de la plantilla están presentes en la unidad en la que el residente está prestando servicios y a consultarles y pedir su apoyo cuando lo considere necesario; y, continua la norma[75], indicando, sin que ello pueda suponer la denegación de asistencia o el abandono de su puesto[76]. A su vez hay que traer aquí el deber general de supervisión inherente a los profesionales que presten servicios en las distintas unidades asistenciales donde se formen los residentes y la obligación de informar a los tutores de las actividades realizadas por los residentes[77]. Sin olvidar que el legislador, conocedor de la problemática y casuística que tan especial relación laboral comporta ha reforzado expresamente, con categoría de principio rector, la obligación del residente de someterse a las indicaciones de los especialistas que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad, sin perjuicio, eso sí, de plantear a dichos especialistas y a sus tutores cuantas cuestiones se susciten como consecuencia de dicha relación. Peculiar precepto que intenta conjugar la garantía de la finalidad formativa de la prestación laboral y la necesidad de ordenación del funcionamiento de las labores asistenciales.

Hasta alcanzar el grado de responsabilidad inherente al ejercicio autónomo de la profesión sanitaria de especialista[78], el ejercicio del poder disciplinario necesariamente ha de tener en cuenta la causa del contrato[79] y el objeto del mismo en el marco de un sistema formativo que implica la asunción progresiva de responsabilidades en la especialidad que se esté cursando y un nivel decreciente de supervisión, a medida que se avanza en la adquisición de las competencias previstas en el programa formativo.

Respecto concretamente a las faltas de asistencia injustificadas, que, siguiendo por ejemplo el EM, dependiendo de su duración en días continuados o su acumulación en el tiempo, pueden constituir desde falta leve a falta muy

[73] Cfr. art. 15.3 RD 183/2008 de 8 de febrero.

[74] Art. 4.1.b) RD1146/2006.

[75] Art. 4.1.f) RD1146/2006.

[76] Otro particularísimo supuesto deriva de la situación del residente en rotación externa, periodo durante el cual corresponde a la unidad de destino en rotación externa el ejercicio del poder de dirección pero el centro de origen continúa siendo el competente para sancionar los incumplimientos contractuales.

[77] Cfr. art. 14 RD 183/2008 de 8 de febrero.

[78] Cfr. Art. 15.1.2 RD 183/2008 de 8 de febrero.

[79] Recibir simultáneamente una formación y prestar un trabajo.

grave, el legislador ha excluido de su cómputo las ausencias como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, representación laboral, incapacidad temporal por accidente de trabajo, maternidad… y, en definitiva, todas las previstas en el apartado d) del artículo 52 ET en su inciso segundo[80].

Por último el régimen disciplinario se completa con la regulación de la prescripción de las faltas[81] y su interrupción. Las faltas disciplinarias de los residentes prescriben, según su gravedad, tras el transcurso desde el conocimiento por el empresario de su comisión, de diez, veinte y sesenta días, respectivamente, a las infracciones leves, graves y muy graves, y, en cualquier caso, a los seis meses de haberse cometido; es decir, igual que prevé el ET, de aplicación con carácter supletorio a los derechos y obligaciones concernientes a esta relación laboral de carácter especial de residencia. Plazos de prescripción que se interrumpen el día de la notificación de los hechos y fecha al trabajador. Resulta dudoso que el traslado a la comisión de docencia del escrito dirigido al trabajador interrumpa la prescripción de la falta, por ejemplo, de una falta grave (que prescribiría a los veinte días de ser conocida por el empresario), cuando no se hubiera cumplido la notificación por escrito al residente[82].

En condiciones normales o de funcionamiento regular del procedimiento disciplinario cabe esperar que la notificación de los hechos susceptibles de sanción, por falta grave o muy grave, y su fecha (bien de comisión o bien de conocimiento del empresario) se produzca simultáneamente al residente y a la comisión de docencia y que por tanto el plazo de prescripción comience de nuevo a partir del transcurso de los diez días de que dispone el trabajador para alegar y a comisión de docencia para hacer sus consideraciones[83].

[80] Huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud.

[81] Art. 16.2 RD 1146/2006.

[82] Y aún menos aceptable seria que el transcurso del plazo de diez días con que cuenta la comisión de docencia para hacer sus indicaciones sobre el tema, permitiera reiniciar el cómputo del plazo de prescripción, cuando, volvemos a recordar, el residente estuviera ajena a la formulación contra él de un procedimiento disciplinario; de ahí, la importancia que, en este contexto procedimental, adquiere la exigencia de comunicación escrita de todas las faltas *ex* art. 15.2 RD 1146/2006.

[83] No desde que el trabajador o la comisión de docencia elevan sus alegaciones, sino desde que transcurren los diez días.

EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

SUMARIO:

1. UNA PRIMERA REFLEXIÓN GENERAL SOBRE LA CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL EN ESPAÑA: DE LA EXCEPCIONALIDAD A LA EXPANSIÓN ¿INVOLUNTARIA?
2. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL.

1. UNA PRIMERA REFLEXIÓN GENERAL SOBRE LA CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL EN ESPAÑA: DE LA EXCEPCIONALIDAD A LA EXPANSIÓN ¿INVOLUNTARIA?

El actual marco regulador del contrato a tiempo parcial recogido en los ordinales 1 a 5 del art. 12 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), responde en sus parámetros generales a la configuración legal que al mismo se le dio con motivo de la trasposición al ordenamiento jurídico-laboral español de la Directiva 97/81/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

Aun así, ello no debe llevarnos a obviar que su régimen jurídico ha sido objeto de diversas reformas legislativas, en concreto, las acometidas en 2001, 2012 y 2013 que han supuesto un manifiesto efecto de transformación en elementos clave de tal modelo de regulación, lo cual debe ser valorado en el momento en el que acometamos el análisis jurídico de esta tipología de contrato de trabajo, en tanto que nos pondrá sobre la pista de cuáles han sido las líneas de política legislativa que han incidido sobre el mismo.

Bien es verdad que las reformas legales indicadas no han sido tan numerosas, ni –aparentemente- de tal calado como las sufridas respecto de otras modalidades de contratación laboral previstas en el ET, lo cual, en principio, nos podría llevar a una conclusión apresurada por la que se entienda que el contrato a tiempo parcial no ha precisado tal acción de reforma legal, en cuanto que la regulación que realizó el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, sobre el mismo se adaptaba a los requerimientos que eran de esperar para esta modalidad contrato de trabajo.

La anterior afirmación, no obstante, contrasta con el hecho de en las casi dos décadas que han transcurrido desde la definición del actual modelo de contrato a tiempo parcial es recurrente el hecho de que se puede apreciar un escaso uso de esta modalidad de contratación en nuestro mercado de trabajo en contraste con lo que ocurre en la Unión Europea. Es cierto que la tendencia constatable en España de que la contratación a tiempo parcial no tenía el peso dentro de nuestro mercado de trabajo que de él podría esperarse, podría estar invirtiéndose en los últimos años, pues desde 2007 el número de trabajadores a tiempo parcial se ha incrementado de forma sustancial, pasando de los 2.265.300 en 2007 hasta los 2.697.100 en 2016, lo cual representa un porcentaje de incremento del 19,1%, y de peso dentro del mercado laboral español del 14,6% en 2016. Situación ésta que debe analizarse detenidamente en cuanto que, de un lado, España se encuentra **aún,** en cuanto al número de trabajadores a tiempo parcial, a una importante

distancia de lo que es la media europea, situada en el 19%, lo que nos lleva a estar a una distancia de 4,4 puntos porcentuales; y, de otro, a que es preciso valorar las causas que puedan explicar el escaso uso de la contratación a tiempo parcial en el mercado de trabajo español y dónde se encuentra la razón que lleva a un cambio de tendencia, valorándose, en fin, si ello representará una tendencia con visos a consolidarse y acercarnos así a los niveles de contratación temporal presentes en Europa.

No pretendemos aquí analizar la situación que se ha producido en el mercado de trabajo español respecto de las tasas de aumento del número de contrataciones a tiempo parcial que se han dado en el período que se inicia con la gran crisis económica iniciada en 2008 y su incidencia en la calidad del empleo. Como se conoce, la calidad del empleo es un concepto multifactorial entre los que se han de valorar, entre otros aspectos, la involuntariedad en el trabajo a tiempo parcial y la temporalidad. Variables estas que han centrado en el último trienio el debate sobre el empleo en España y sus niveles de calidad, y que conecta con los conceptos de "trabajo decente" o "calidad del empleo" que se han acuñado desde diferentes organizaciones internacionales como son la OIT y OCDE, respectivamente.

En tal sentido, se viene reflexionando, desde muy diferentes ámbitos, acerca del necesario análisis y revisión crítica de una de las vías prevalentes de entrada de las personas en el mercado de trabajo, la cual es la del recurso a la contratación a tiempo parcial. Este fenómeno se constituye en una de las principales preocupaciones de nuestro mercado laboral, detectándose en el mismo elevadas tasas de incremento de la contratación a tiempo parcial. En el último decenio, año tras año se presencia un proceso continuado de crecimiento en el uso de esta modalidad contractual, que unida a otra de las variables detectadas, como es la del recurso a la contratación temporal, lleva a plantearse seria dudas acerca de la calidad del empleo en España[1]. Y ello no es tanto por el hecho de que la temporalidad y la reducción del número de horas de trabajo contratadas se conviertan en elementos que explican cuál ha sido la vía elegida por los empresarios para la contratación laboral en esta fase de lenta salida del largo período de crisis económica que se inició en 2008 y cuyas consecuencias aún perviven entre nosotros. Más bien, y junto a ello, es la circunstancia de la involuntariedad que se produce entre los trabajadores en el desempeño de este trabajo lo que se analiza como uno, si no el principal, elemento que obstaculiza la consecución de uno de los mecanismos de inclusión social –como es el mencionado del trabajo decente- en un contexto en el que la preocupación por la reducción de la desigualdad social se conforma como

[1] Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Memoria CES 2016*, Madrid, CES, p. 264.

uno de los ejes estructurales para garantizar el crecimiento económico sostenido.

Como se puede comprobar en el cuadro I que se inserta a continuación, la involuntariedad en el trabajo a tiempo parcial en España ha visto incrementarse exponencialmente sus porcentajes en la última década, pasando de un 33,3% en 2007 a un 61,7% en 2016, siendo ello cifras que llevan a duplicarse en este período las personas que sufren esta grave situación, y que contrasta con los niveles medios que se producen en igual período en la UE-28. Es llamativo –o más bien, preocupante- que al inicio del mismo las diferencias porcentuales entre ambos era de algo más de diez puntos porcentuales, y en el año final del período de comparación -2016-, la diferencia porcentual se haya incrementado hasta los 34,7 puntos.

Cuadro I:
Involuntariedad en el trabajo a tiempo parcial en España y en la UE en el período 2007-2016.

(Porcentaje de personas que trabajan involuntariamente a tiempo parcial sobre el total en esta jornada, medias anuales)

Años	UE-28	España
2007	22,4	33,3
2008	25,6	36,0
2009	25,6	44,2
2010	26,9	50,1
2011	26,3	56,0
2012	27,7	61,3
2013	29,3	63,3
2014	29,5	64,0
2015	29,1	63,2
2016	27,2	61,9

Fuente: Eurostat

Por más que la tendencia al incremento del porcentaje de las personas que trabajan a tiempo parcial de forma involuntaria se haya ralentizado o incluso haya disminuido en los últimos dos años en España, ello no obsta a concluir que el recurso a tal modalidad de contratación laboral se ha conformado como una de las principales vías de desarrollo del empleo ofertado en nuestro país, lo que no puede más que llevar a cuestionarnos la calidad del empleo creado, y la muy lejana consecución de los objetivos de un trabajo decente que ha de definir el modelo social de Estado que define nuestra Constitución. En este sentido, no se puede analizar más que desde una óptica poco optimista las reformas legislativas que inciden de un modo u otro en el mercado de trabajo de España. Las reformas

estructurales del mercado laboral español no se han significado en el período de crisis por la apuesta hacia la creación de empleo de calidad, más bien, las reformas se han dirigido a conformar al Derecho del Trabajo como un Derecho de la empresa, redireccionando sus instituciones hacia la consecución de objetivos de gestión empresarial. Se ha producido una ruptura, en fin, del frágil e inestable equilibrio entre los principios de rendimiento y de protección que ha definido al Derecho del Trabajo, planteamiento de política jurídica que si sólo nos centramos en el marco regulador del contrato a tiempo parcial nos sitúa en un palpable ejemplo de cómo las necesidades de la empresa se han impuesto materializándose con ello una clara desatención de los intereses de la población trabajadora[2], y, en fin, una muy lejana consecución de los objetivos que definen el "trabajo decente" o la "calidad del empleo".

2. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

En cuanto sigue, no pretendemos realizar un análisis pormenorizado del régimen jurídico del contrato de trabajo a tiempo parcial previsto en los ordinales 1º a 5º del art. 12 del ET, en tanto que ello excedería del objeto de esta contribución al libro homenaje al Profesor Prados de Reyes, el cual se ha significado dentro de la doctrina iuslaboralista española por su excelente labor investigadora y su magisterio, entre otras materias, en el ámbito del estudio y análisis de la contratación laboral. Por tanto, realizaré el estudio puntual de su marco regulador, incidiendo sobre algunas de las cuestiones que, a mi juicio, presenta una mayor problemática aplicativa y que deberían constituir el objeto de futuras reformas legislativas de esta modalidad contractual.

2.1. El concepto de trabajo a tiempo parcial

De conformidad con el art. 12.1 ET, *"el contrato se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable"*.

Como se puede apreciar de tal previsión, el concepto que establece el ET del contrato de trabajo a tiempo parcial se ajusta de manera adecuada al que se recoge en el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial del que trae causa.

El período de tiempo de referencia viene establecido de una forma muy amplia, en tanto que abarca desde el día hasta el año, lo cual evidencia una clara vo-

[2] Vid. Cabeza Pereiro, J.: *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Albacete, Bomarzo, 2013, p. 9.

luntad legislativa por ampliar al máximo las posibilidades en cuanto a la definición de tal período de cómputo puesto que, si bien ello no se encontraba limitado por el mencionado Acuerdo Marco, sin embargo, de una lectura atenta del mismo se desprende que la voluntad en éste fue la de establecer tal período de cómputo sobre la semana, siendo ésta el elemento de referencia para diferenciar el tiempo parcial del tiempo completo. Además, hay que destacar como otro de los efectos de tal delimitación por parte de nuestro legislador el problema de que se integrasen dentro de este marco regulador a determinados trabajadores que prestan servicios solo en concretos meses o semanas al año, con independencia de que tales prestaciones se realicen de manera continuada o dispersa a lo largo del año. Como se sabe, la valoración por parte del legislador de los efectos que la integración de todas estas diferentes situaciones en el régimen jurídico previsto en el art. 12 ET, llevó a que se diferenciara entre los denominados trabajadores fijos-discontinuos de llamamiento en fecha cierta y a los trabajadores fijos-discontinuos cuyo llamamiento se hacía depender de determinadas vicisitudes que impedían concretar con exactitud la fecha en la que debía comenzar la prestación laboral. Para los primeros se les consideró a todos los efectos como trabajadores a tiempo parcial, y para los segundos se les estableció un régimen jurídico diferenciado salpicado de previsiones que flexibilizan –entiéndase, que claramente benefician y favorecen los intereses del empleador- en exceso y que lo distancia de una regulación jurídica en razón a una situación o un factor tan singular y evanescente como es el de las vicisitudes que puedan rodear al llamamiento para el inicio de la prestación laboral. En tal sentido, se ha postulado que lo más adecuado debería ser la de fusionar o, cuanto menos, aproximar las regulaciones de ambos contratos de temporada para evitar los efectos indeseables que provocan sus marcos reguladores, aligerando así la excesiva carga de previsiones flexibilizadoras que de un lado y de otros se aprecian[3].

De otro lado, la conceptuación del trabajo a tiempo parcial parte de la nota de la existencia de una jornada inferior a la de los trabajadores ordinarios, esto es, los que prestan sus servicios a tiempo completo. Para integrar dicha nota definitoria se ha de estar a lo previsto en el párrafo 2º de este art. 12.1 ET, cuando nos dice que el "trabajador comparable" es: o bien el trabajador que preste sus servicios a tiempo completo en la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar; o, si no existiere el mismo, la jornada se considera parcial cuando es inferior en comparación con la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo que le es aplicable a dicha empresa y centro de trabajo; o, en fin, en caso de ausencia de tal convenio o previsión en el mismo, con la jornada máxima legal ordinaria de cuarenta horas semanales de promedio en cómputo anual (art. 34.1.2, ET).

En consecuencia, a la luz de tal previsión legal, se aprecia que la determinación de la jornada para su consideración a tiempo parcial no se hace depender de

[3] Vid. CABEZA PEREIRO, J.: *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, op. cit., p. 89.

otras consideraciones cuantitativas ni cualitativas, lo cual abre enormemente las posibilidades en cuanto a su uso. Al no preverse tope alguno, ni máximo ni mínimo –aunque con la limitación indirecta que de inmediato veremos-, cabe que se pueda pactar cualquier jornada, cupiendo tanto el trabajo a tiempo parcial fijado de forma "horizontal", esto es, fijado de forma diario con jornada reducida, o el trabajo a tiempo parcial "vertical", o sea, prestado a jornada completa pero solo durante unos días durante el período de tiempo que se haya tomado como referencia, o, en fin, la combinación de ambas variables. En cualquier caso, sí que hay que interpretar como límite mínimo de horas contratadas que desincentiva la suscripción de esta modalidad contractual, aquel que establece que no pueda pactarse u ofrecer horas complementarias cuando la fijación de la jornada de trabajo sea inferior a diez horas semanales en cómputo anual (art. 12.5.b ET).

En esta materia hay que destacar la existencia de previsiones en convenios colectivos que establecen unos topes mínimos de horas de trabajo para la consideración y suscripción de contratos a tiempo parcial, ligándose a ello una garantía retributiva mínima.

En fin, la extrema amplitud del concepto legal del trabajo a tiempo parcial, tanto en relación con la cuantía de la jornada contratada –que, como hemos destacado, no cuenta con topes mínimos ni máximos-, como respecto de la forma de distribuirse la jornada en cualquier período temporal –día, semana, mes o año-, posibilita una gran flexibilidad y posibilidades de ajuste del tiempo de trabajo contratado a las necesidades de las empresas, poniendo una vez más de relieve la variable pro gestión empresarial que transita por el marco legislativo laboral español.

2.2. La forma del contrato a tiempo parcial

En cuanto a la forma, el contrato de trabajo a tiempo parcial se ha de realizar por escrito, desapareciendo, tras la reforma legal llevada a cabo en esta materia por el Real Decreto-Ley 16/2013, la referencia a la formalización del contrato en modelo oficial, lo cual no ha implicado la desaparición del modelo, sino su adaptación a la simplificación de las modalidades contractuales que acometió el Gobierno, integrándose el tiempo parcial en los modelos oficiales del contrato de trabajo temporal e indefinido.

En el contrato se debe hacer constar, específicamente, el número de horas ordinarias contratadas al día, a la semana, al mes o al año, en función del tipo de jornada parcial de que se trate, así como el modo de su distribución según lo previsto en el convenio colectivo (art. 12.4.a, ET). Tal previsión acerca del papel de la negociación colectiva en la materia nos plantea una serie de reflexiones: en primer lugar, no se hace mención al nivel en el que se deba de producir esta

negociación, por lo que sitúa en un mismo plano competencial a los niveles sectoriales y de empresa –incluso infraempresarial-. En segundo lugar, no se establece cuál deba de ser la solución ante la carencia de regulación convencional en esta materia, lo cual, a nuestro modo de ver, no debe implicar la imposibilidad de formalización de un contrato a tiempo parcial. Tal planteamiento contravendría la propia lógica político-jurídica que transita en toda la línea de reformas legislativas laborales que vienen produciéndose en la última década, y que no es más que una legislación pro empresario. En consecuencia, se haría de entender que en defecto de tal regulación pactada habrá que acudir al pacto o acuerdo entre empresario y trabajador, eso sí, respetándose en cualquier caso los límites de jornada diaria y semanal y las demás reglas fijadas en la normativa reguladora de este contrato.

Tal solución no es más que la materialización del principio contractual privatista que impide la determinación por una sola de las partes de las obligaciones contractuales, de forma que no puede dejarse indeterminado o a la voluntad de la empresa la ordenación variable o flexible de los momentos de la prestación laboral (en este sentido, entre otras, la STSJ Murcia 16-4-1998 -AS 1998, 2257-, o STSJ Castilla y León 24-4-2008 –AS 2008, 4-). Por tanto, dicha indicación habrá de permitir al trabajador saber de modo aproximado las partes de la jornada que puede estar a disposición de la empresa, estableciéndose un requisito sustantivo que lleva a la obligación de reflejar una cierta referencia horaria.

Por último, la referencia en el art. 12.4.a) ET, al papel del convenio colectivo en cuanto a la determinación del modo de distribución de las horas contratadas, abre la vía a que en el contrato de trabajo sólo se recoja la cantidad de horas contratadas remitiéndose su distribución a las reglas previstas en el convenio colectivo aplicable -¿podría incluirse en esta expresión a los acuerdos colectivos de empresa?, a mi juicio, no cabría porque se refiere al convenio colectivo y no a la negociación colectiva-. Esta previsión, que unida a la regulación de las horas complementarias prevista para esta modalidad contractual, por tanto, posibilitaría lo que se ha dado en denominar el "trabajo a llamada", flexibilizándolo hasta el paroxismo en pos de atender sin límites a las necesidades productivas y organizativas del empleador, con la obligación de estar permanentemente disponible el trabajador.

El incumplimiento de la exigencia de forma escrita y la falta de especificación de aquellos aspectos relativos al tiempo de trabajo y su distribución conlleva que el contrato se presuma, salvo prueba en contrario, como celebrado a jornada completa (arts. 12.4.a.2º y 8.2 ET). Como se puede comprobar, el incumplimiento y sus consecuencias se prevé para dos posibles situaciones: para los incumplimientos sobre la forma escrita y para los referidos al requisito esencial de la distribución de las horas, debiéndose haber planteado consecuencias jurídicas diferentes para tales situaciones, en tanto que la omisión del dato de la distribución de las horas contratadas debería contemplarse como un elemento esencial

que deba llevar aparejada su inexistencia u omisión a la sanción de la presunción *iuris et de iure* de contrato de trabajo a jornada completa[4].

En cuanto a las restantes obligaciones formales e informativas, así como a las correspondientes garantías y responsabilidades, para esta modalidad contractual son comunes a las aplicables a los contratos temporales.

2.3. La voluntariedad en la constitución y en la transformación del contrato a tiempo parcial

La constitución del contrato a tiempo parcial se establece con un necesario carácter de voluntariedad, de modo que ello es una obviedad –al menos desde el punto de vista jurídico y no tanto desde la óptica económica y de las necesidades de un mercado de trabajo en permanente crisis- cuando hablamos de que se constituye *ex novo* un contrato a tiempo parcial, pero también se predica en relación a la conversión de un contrato precedente a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial (art. 12.4.e) ET).

En consecuencia, cualquier imposición unilateral en cuanto a su constitución determina la nulidad de la misma (STSJ Castilla-La Mancha 4-5-5006). A este respecto se plantean situaciones como son las de la imposición unilateral de jornada reducida con origen en decisiones de carácter individual y/o colectivo, e incluso derivadas de procesos de modificación sustancial de condiciones de trabajo acordadas con las representaciones de los trabajadores, todas ellas debiéndose considerar que no determinan la transformación sin más del contrato de trabajo a tiempo completo en contrato de trabajo a tiempo parcial, sólo produciéndose la simple reducción de la jornada en contrato a tiempo completo pero manteniéndose éste. De este modo, se requiere para poder estar ante un contrato de trabajo a tiempo parcial que, en estas situaciones de conversión contractual, tal proceso se materialice a través de una novación contractual que precisa de la voluntad inequívoca del trabajador afectado (así, entre otras, STS 14-5-2007 -RJ 2007, 5084-).

En todo caso, hay que precisar que aun no pudiéndose imponer tal conversión como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tal como parece indicar de manera directa el art. 12.4.e) ET (en este sentido, la STSJ Galicia de 26-12-2014 -AS 2014, 227-), ello no impide que se pueda plantear por la empresa que se opta, en primer término, por la adopción de medidas que suponen el ofrecimiento a los trabajadores de la conversión de sus contratos a tiempo

[4] Vid. Cabeza Pereiro, J.: *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, op. cit., p. 99.

completo en contratos a tiempo parcial, y que, en segundo lugar, y siempre que tal planteamiento no fuere aceptado, se valoraría la posibilidad de seguir un procedimiento de extinciones contractuales colectivas u objetivas (en este sentido, entre otras, las STSJ Baleares 22-3-1995 -AS 1995, 1170-; o STSJ Baleares 20-10-1995 -AS 1995, 3631-; y más recientemente, entendiendo que ello no encubre una coacción o intimidación que conlleve un vicio en el consentimiento del trabajador, la STSJ País Vasco de 25-11-2014 -AS 2015, 21774-). En cualquier caso, la negativa del trabajador a la conversión no puede valorarse en sentido negativo, esto es, no cabría que de la misma se desprendieren consecuencias sobre su relación laboral, sancionándose tal posicionamiento con la extinción contractual (STSJ Madrid de 4-5-2004 –AS 2004, 1793-). En todo caso, la decisión de extinción deberá venir justificada en orden a que con tal medida se favorece la viabilidad o competitividad de la empresa en el sentido previsto en los arts. 51 y 52.c) ET (STSJ Madrid de 28-3-1996 -AS 1996, 550-).

Otro aspecto a tener en consideración es que la modificación del contrato de trabajo no afectará a la vigencia que este tuviera, sea ésta determinada o indefinida, de modo que la misma se mantendrá como tal aun habiéndose producido la conversión del tiempo completo a tiempo parcial.

En relación a la transformación voluntaria de contratos a tiempo completo en tiempos parcial, o viceversa, el art. 12.4.e) ET establece una serie de criterios a fin de posibilitar dicho tránsito, aunque, tras la reforma laboral de 2013, devaluándose el sistema de garantías de los derechos subjetivos de los trabajadores que se venían reconociendo en esta materia.

El actual marco regulador establece que el empresario está obligado a informar a los trabajadores sobre los puestos de trabajo vacantes, al objeto de que los mismos puedan solicitar la conversión voluntaria de su contrato o, en su caso, el incremento de su jornada parcial, de conformidad con los procedimientos que se establezcan en los convenios colectivos (art. 12.4.e) ET).

De nuevo, nos encontramos aquí con otro de los supuestos legales en los que la serie de reformas laborales iniciadas con la gran crisis de 2008 proceden de una manera muy definida a la devaluación del convenio colectivo de ámbito sectorial. De la nueva regulación en esta materia desaparece la previsión, a nuestro juicio más garantista tanto por reconocer un derecho de preferencia –aunque condicionado a las previsiones convencionales colectivas-, como por remitir su regulación a un ámbito negocial en el que se puede alcanzar acuerdos menos condicionados a los intereses particulares de la empresa. Así, en la anterior versión del art. 12.4 ET se decía: *"Los trabajadores que hubieran acordado la conversión voluntaria de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa y que… soliciten el retorno a la situación anterior, tendrán preferencia para*

el acceso a un puesto de trabajo vacante de dicha naturaleza que exista en la empresa correspondiente a su mismo grupo profesional o categoría equivalente, de acuerdo con los requisitos y procedimientos que se establezcan en los Convenios Colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior. Igual preferencia tendrán los trabajadores que, habiendo sido contratados inicialmente a tiempo parcial, hubieran prestado servicios como tales en la empresa durante tres o más años, para la cobertura de aquellas vacantes a tiempo completo correspondientes a su mismo grupo profesional o categoría equivalente que existan en la empresa", lo cual contrasta con la actual redacción de este párrafo, desapareciendo así tales preferencias que posibilitaban, sin lugar a dudas, el cambio temporal de contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial, y viceversa, y remitiéndose el tratamiento de esta cuestión a la regulación del convenio colectivo –sin preferencia de ámbito negocial- que sea de aplicación a la empresa.

De nuevo, además, surge aquí qué ocurre cuando no se cuente con un convenio colectivo aplicable que trate esta cuestión, ya que el legislador nada dice al respecto. Esta situación, a nuestro juicio, debería resolverse entendiendo que cabe, en primer lugar, y siguiendo la voluntad del legislador que se trasluce en materia de competencia reguladora sobre tal cuestión, que fuere un acuerdo colectivo de empresa el que estableciera el marco regulador de tales supuestos, y, en su defecto, a los acuerdos individuales que se hubiesen suscrito -aunque, desde nuestro punto de vista, esta materia reviste por su naturaleza un evidente cariz de deber ser tratada de manera colectiva, desechándose cualquier tratamiento vía pacto contractual individual-.

La ausencia de información por el empresario de estas vacantes se considera infracción administrativa leve, tal como viene previsto en el art. 6.5º LISOS.

Por último, tal como prevé el art. 12.4.e) ET, las solicitudes de conversión contractual o de retorno a la situación anterior que la empresa reciba deberán ser tomadas en consideración por el empresario, en la medida de lo posible, debiendo éste notificar al trabajador la decisión, que, en el caso de ser desestimatoria, exige que se realice por escrito y de forma motivada, a fin de permitir al trabajador poder tener base suficiente para poder impugnar tal decisión empresarial. Como se comprueba, nada se dice sobre la forma de las decisiones empresariales estimatorias, admitiéndose la libertad de forma en esta materia. Sin embargo, entendemos que debería obligarse también en este caso a la forma escrita y motivada, a fin de poder con ello crear un mecanismo de control colectivo y/o individual de estas conversiones a fin de evitar situaciones lesivas para otros trabajadores que también puedan solicitarlas o las hayan solicitado.

2.4. El tiempo de trabajo

En términos generales, tal como establece el art. 12 ET, para el trabajo a tiempo parcial la determinación de la jornada vendrá delimitada por el acuerdo individual de las partes, admitiéndose el manejo de diferentes módulos temporales y su combinación para la determinación del tiempo efectivo de trabajo así como del horario en el que el trabajador ha de prestar el trabajo acordado.

La libertad en cuanto a la determinación de la jornada que se reconoce a las partes no es ilimitada, pues a ella también le son predicables y plenamente aplicables los límites generales sobre jornadas máximas y descansos mínimos previstos en la normativa laboral –en especial, las reglas de los arts. 34 y ss. ET-, lo cual se realizará en función del modo de distribución de su jornada parcial y en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

En esta materia, se establece igualmente alguna previsión garantista para los intereses del trabajador –tanto en el plano profesional, como en la perspectiva personal y/o familiar-, como es la que establece que cuando se pacte una jornada diaria de trabajo podrá optarse entre jornada continuada o jornada partida. En este último caso, y siempre que la jornada diaria tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo, tan sólo se podrá establecer una interrupción durante su desarrollo, salvo que por convenio colectivo se disponga en cualquier otro sentido –lo que puede llevar a previsiones tan poco garantistas como la de someter al trabajador a situaciones que exceden de la propia naturaleza y finalidad de este tipo de contratos- (art. 12.4.b) ET).

En relación con los descansos, vacaciones y permisos de los trabajadores a tiempo parcial, habrá de estarse al tipo de jornada parcial que realicen, a fin de determinar el período de devengo y el disfrute del correspondiente tiempo de descanso o licencia. En todo caso, la duración de los permisos se hará de manera proporcional a la jornada realizada. De manera puntual, en esta materia se reconoce que en orden a razones organizativas o productivas de la empresa, se pueda establecer para los trabajadores a tiempo parcial un tratamiento diferenciado en el régimen de descansos (en este sentido, STS de 28-3-2017 -RJ 2017, 96115-), o incluso diferenciándose entre trabajadores fijos discontinuos y a tiempo parcial (así, la SAN de 7-5-1996 -AS 1996, 1792-).

Igualmente, en esta materia se ha de resaltar la previsión por la que se prohíbe la realización de horas extraordinarias, con la única salvedad de aquellas horas extraordinarias se tengan como finalidad prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes (así el art. 12.4.c) ET en lectura conjunta con el art. 35.3 ET). Las mismas cotizarán a la Seguridad Social conforme a las

previsiones generales que rigen en esta materia (arts. 147 y 246 del TRLGSS). En este sentido, se entiende que han de ser consideradas como horas extraordinarias, y como tales se han de retribuir, los tiempos que excedan de la jornada pactada individualmente y sobre los que no quepa su calificación como horas complementarias (así, la STS de 11-6-2014 -RJ 2014, 3942-).

Un tema importante en materia de jornada y tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial es el de las denominadas como "horas complementarias", cuyo régimen jurídico viene establecido en el art. 12.5 ET. Para su realización se establece como límite general el de que sólo cabe cuando la jornada diaria no sea inferior a diez horas a la semana en cómputo anual, pudiendo entonces adicionarse a la jornada ordinaria prevista para estos trabajadores la realización de horas complementarias.

Se entienden que la horas complementarias, consideradas estas como un porcentaje adicional de horas de trabajo sobre la jornada ordinaria pactada, pueden establecerse, bien por pacto previo (art. 12.5.a) ET), o bien por la aceptación voluntaria del trabajador cuando ello se plantea a instancia del empresario (art. 12.5.g ET).

Como hemos destacado, es establece como condición *sine qua non* que la jornada diaria de trabajo establecida en el contrato no sea inferior a diez horas a la semana en cómputo anual.

En esta línea de limitaciones para la realización de horas complementarias es interesante destacar cómo la supresión de las horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial que se realizó en la reforma llevada a cabo con el Real Decreto-Ley 16/2013, se compensó más que de manera suficiente por una nueva regulación que flexibiliza de manera muy amplia tanto la regulación de las horas complementarias, como la distribución temporal de la jornada de trabajo en el contrato a tiempo parcial[5]. Así, con anterioridad a esta reforma de 2013, para la realización de dichas horas había que estar a lo dispuesto tanto en el ET como en el convenio colectivo sectorial (o en su defecto de ámbito inferior), en tanto que con la nueva regulación se hace desaparecer toda referencia a la normación colectiva, se sigue requiriendo el pacto al efecto entre el empresario y el trabajador, y desaparece toda referencia a su formalización en un modelo oficial, abriéndose además la posibilidad de su realización tanto para los contratos de trabajo de duración indefinida como para los contratos temporales (lo cual, en este último caso

[5] En este sentido, vid. Rojo Torrecilla, E.: "Una primera aproximación a los contenidos del Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores", recurso electrónico (consultado el 16 de septiembre de 2017), http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/12/una-primera-aproximacion-los-contenidos.html

amplía el ámbito de destino de esta posibilidad de ampliar las horas de prestación laboral).

Como hemos destacado, hasta 2013 las horas complementarias sólo se permitían en los contratos a tiempo parcial de carácter indefinido, ampliándose ahora su posible realización a los contratos temporales, aunque si bien sólo cuando la realización de horas complementarias venga establecida a través de un pacto individual previo –que abarca tanto el momento de constitución del contrato como con posterioridad al mismo-, específico, por escrito y en el que conste su cuantía, su distribución y la forma de realización de aquellas.

El pacto de horas complementarias es obligatorio para el trabajador, pudiendo quedar sin efecto si media renuncia del trabajador, con un período de preaviso de quince días, y siempre que se den dos condiciones acumulativas: primera, que haya transcurrido un año desde su suscripción; y, segunda, que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) La necesaria atención de responsabilidades familiares que contempla el art. 37.5 ET y que dan derecho a la reducción de la jornada (guarda legal de un menor o minusválido o atención de familiares enfermos por cuidado de menores afectados por cáncer u otras enfermedades graves).
b) Necesidades formativas, obligándose a que se acredite la incompatibilidad horaria.
c) Por existir una incompatibilidad con la realización de otro trabajo a tiempo parcial.

Este pacto de horas complementarias deberá determinar el número de horas por el que podrá ser requerido el trabajador para su realización, el cual todo caso tiene como límite el no superar el 30 por ciento de las horas ordinarias objeto del contrato. No obstante, se posibilita que a través de convenio colectivo se establezca otro límite a cuyo efectos se prevé una horquilla que gira en torno a un mínimo del mencionado 30 por ciento y un máximo del 60 por ciento de tales las horas ordinarias (art. 12.5.c) ET).

En todo caso, se establece que la suma de la jornada ordinaria pactada en el contrato a tiempo parcial y las horas complementaria no podrá superar el límite legalmente dispuesto para el trabajo a tiempo parcial, así como las reglas legales de carácter general previstas sobre los límites de la jornada de trabajo y descanso mínimo (art. 12.4.c) y 12.5 h) ET).

En esta materia se establece además una garantía para el trabajador, en tanto que se establece un requisito procedimental en cuanto a la realización de las horas complementarias ya que se prevé que el trabajador deberá conocer el día

y la hora de realización de las horas complementarias pactadas con, al menos, tres días de preaviso, aunque dicha garantía se evapora –o puede tener visos de desaparecer- en tanto que se establece la salvedad de que por convenio colectivo se establezca otro preaviso inferior –obsérvese, sin límite alguno más allá de la aplicación en esta materia del principio de buena fe en cuanto a la ejecución del contrato- (art.12.5.d ET).

Como hemos destacado, se prevé una segunda modalidad de realización de horas complementarias, que son aquellas que el empresario puede en cualquier momento ofrecer al trabajador siempre que se cumpla la doble condición de: tratarse de un trabajador a tiempo parcial de carácter indefinido; y que la jornada de trabajo contratada no sea inferior a diez horas semanales en cómputo anual. En este sentido, el art. 12.5.g) ET indica que la oferta de realización de tales horas complementarias no podrá superar el 15 por ciento de las horas ordinarias objeto del contrato, cupiendo su ampliación a través de previsiones expresas del convenio colectivo aplicable, y hasta un 30 por ciento. Las mismas no computarán a los efectos de los porcentajes de horas complementarias que puedan pactarse al amparo de lo dispuesto en el art. 12.5.c) ET.

La realización de estas horas complementarias ofertadas es de carácter libre por parte del trabajador, estableciéndose una garantía de indemnidad a este respecto en tanto que la negativa a su realización no puede conllevar la consideración de la misma como una conducta laboral sancionable (art. 12.5 g) ET).

Como se puede comprobar, la configuración legal de estas horas complementarias se realiza de un modo tal que cabe la hipótesis de previsiones convencionales en las que las horas complementarias en un contrato de duración indefinida podrían llegar a ser del 90 por ciento de las horas ordinarias.

En este sentido, la flexibilidad que introduce en esta materia el precepto sobre la realización de horas complementarias aumenta considerablemente para la parte empresarial, lo cual, unido a la regla sobre el plazo de preaviso para su realización –que pasa de los siete día previstos en la anterior regulación, hasta los tres días e incluso un plazo inferior si ello viene previsto en convenio colectivo-, nos lleva a estar ante un "contrato a llamada" con pleno respaldo legal, y motivado en *"las necesidades productivas y organizativas del empleador, con la obligación de estar permanentemente disponible el trabajador"*[6].

[6] En este sentido, vid. Rojo Torrecilla, E.: "Una primera aproximación a los contenidos del Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores", op. cit.

Por último, en esta materia de horas complementarias se establece, en el art. 12.4.c) ET, que el empresario debe proceder al registro diario y a la totalización mensual de la jornada de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, con inclusión de horas ordinarias y complementarias. Dichos resúmenes mensuales debe conservarlos durante un periodo mínimo de cuatro años, debiendo de entregar una copia de cada resumen mensual al trabajador a la misma vez que le aporta el recibo de salarios. Obligaciones administrativas cuyo incumplimiento presumirá –*iuris tantum*- la celebración a tiempo completo del contrato. De tal obligación de registro de la jornada de los contratos a tiempo se excepciona al personal al servicio del hogar familiar, procediéndose a la modificación del art. 9, con la incorporación de un nuevo apartado 3.bis, Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

En esta misma línea en materia de derecho de información, se prevé la obligación de la empresa de aportar al menos trimestralmente a los representantes unitarios de los trabajadores un informe sobre la realización de horas complementarias realizadas por los trabajadores a tiempo parcial (art. 64.2 c) ET).

CONTRATO DE RELEVO: LA PROBLEMÁTICA DE UN ACTOR SECUNDARIO

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.
2. EVOLUCIÓN DEL MARCO REGULADOR.
3. REQUISITOS.
4. ELEMENTOS FORMALES. EL CONTRATO DE RELEVO.
5. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES.
6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ETT), en sus número 6 y 7, recoge las dos modalidades contractuales que acompañan a la figura de la jubilación parcial prevista en el artículo 215 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS): el contrato de trabajo a tiempo parcial del jubilado parcialmente, y el contrato de relevo del que ocupa el puesto parcialmente vacante (el relevista). De este modo, puede afirmarse que su existencia solo tiene sentido unido a la jubilación parcial, siendo un medio para cumplir los fines de esta figura híbrida como es la jubilación parcial. En este sentido hemos calificado al contrato de relevo como el "actor secundario" de la jubilación parcial, rúbrica con la que titulamos el presente Capítulo. Es "secundario" principalmente porque su existencia se justifica para conseguir una jubilación flexible de otra persona, de modo que es un contrato que no puede existir sin un jubilado parcialmente (a diferencia de la propia jubilación parcial, que es viable a partir de la edad ordinaria de retiro sin necesidad del relevo), pero no es secundario en la dinámica del contrato, que adquiere un estatuto jurídico propio, con su propia problemática.

En efecto, hay una clara «interdependencia genética»[1] entre jubilación parcial y contrato de relevo, interdependencia que se manifiesta en su causa, pero que no necesariamente se refleja en el desarrollo del contrato, en tanto que como contrato es independiente de ciertas incidencias que puedan acaecer tanto respecto del contrato a tiempo parcial del relevado, como en la pensión de jubilación del mismo. En este sentido, el contrato de relevo puede ser a tiempo completo, siendo el contrato del relevado a tiempo parcial. En palabras del TS, es una relación de coordinación, no de subordinación.

El contrato de relevo y la jubilación parcial, por tanto, van relativamente de la mano, y desde luego es así tanto en su sentido como regulación. En definitiva se trata de dos situaciones simultáneas, por un lado un trabajador próximo a la edad de jubilación que convierte su contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial y pasa a percibir la pensión correspondiente a la jubilación parcial; y por otra, se contrata a un nuevo trabajador con un contrato -denominado contrato de relevo - a jornada completa o parcial equivalente, al menos, a la jornada dejada vacante por el trabajador que, se jubila parcialmente.

Así, para comprender buena parte de las reglas que componen el marco regulador del contrato de relevo hay que partir de cuál es la finalidad de la jubilación parcial, que no es otra que ayudar al reparto de empleo y flexibilizar el cese de la actividad, haciéndolo progresivo, sin que ello redunde en la pérdida de

[1] STS de 22 de febrero de 2010, Rcud 1744/12009.

empleo. Por ello, no puede afirmarse que su objetivo sea la creación de empleo, sino en todo caso contribuir al "reparto de empleo"[2]. Y es que hay que comenzar subrayando que el objetivo de la creación de empleo no se garantiza, ya que el relevo no es definitivo, sino temporal: sólo pervive hasta la jubilación completa del trabajador. El fomento del empleo aparece muy limitado (todo lo más hay reparto de empleo).

Desde el punto de vista de las arcas de la Seguridad Social, antes de la reforma de 2013 (tras la cual se mantiene la cotización del relevado), el objetivo del reparto de empleo no era proporcional[3] con los costes que lleva aparejado, costes que vienen dados por la percepción parcial de la prestación de jubilación, consideración como cotizado ese período a tiempo completo, y la reducción del coste de las prestaciones farmacéuticas. Aun así, su verdadera funcionalidad venía dada por sus cualidades como técnica de jubilación flexible[4], virtudes que no pueden ser desdeñadas ni valoradas en términos simplemente economicistas, por lo que es una vía de jubilación que debería fomentarse, aunque sin perjuicio de que deban realizarse ajustes que eviten su uso fraudulento, y fomentando la estabilidad del relevista, para con ello fortalecer esta figura como mecanismo de creación de empleo[5].

Es una vía útil tanto para los trabajadores jubilados parcialmente como para los empleadores. Para los primeros, una forma de reducir progresivamente su ritmo laboral, sin que ello tenga un coste ni en su actual nivel de ingresos, ni en su futura pensión (al considerarse como cotizada la totalidad de la jornada). Para la empresa, porque aporta ventajas de muy distinto índole, tanto de organización del trabajo (puede servir como vía para trasladar la experiencia de un trabajador maduro a nuevas generaciones de empleados; incorporar un trabajador a un puesto adaptado a la nueva modalidad) y económicas (reducción del absentismo laboral, mejora de la productividad)[6]. Y para el relevista, porque evidentemente toda oportunidad que se dé al empleo, aunque sea temporal, es positiva.

---

[2] FERNÁNDEZ LÓPEZ, A., «Jubilación parcial y reparto de trabajo», *Revista de Seguridad Social*, núm. 26, 1985, pág. 125.

[3] TORTUERO PLAZA, J.L., «Reflexiones sobre la Seguridad Social y su reforma: del compromiso político a la reforma legislativa», *Tribuna Social*, núm. 107, 1999, pág. 18.

[4] *In extenso, vid*. MALDONADO MOLINA, J.A., *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

[5] En esta línea se situaron las reformas introducidas con la Ley 12/2001 (al fomentar la jubilación parcial a partir de los 65 años sin necesidad de un paralelo contrato de relevo), y la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que endureció los requisitos de la jubilación parcial en los supuestos en que el relevo sea temporal, pero no así cuando sea definitivo. *Cfr.* MALDONADO MOLINA, J.A., «La reforma de la jubilación en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre», en MONEREO PÉREZ (Dir.), *La Reforma de la Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2008.

[6] *Cfr.* MALDONADO MOLINA, J.A., «El contrato de relevo», en MONEREO PÉREZ (Dir.), *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2010.

Pese a ello, es una fórmula que en nuestro país ha tenido una escasa implantación, y las reformas legislativas del año 2013 han buscado desincentivarla, claramente, con la justificación de que en ocasiones sirven para cobijar situaciones fraudulentas.

Comparado con otras modalidades contractuales, el contrato de relevo es prácticamente anecdótico. A octubre de 2017, solo había formalizados 13.110 contratos de este tipo, lo que representa el 0,08% del total[7].

Dentro de esta tónica de poco uso del mismo, experimentó un notable incremento en los años 2006-2009, multiplicándose por cuatro de 2003 a 2009. Los datos son suficientemente expresivos:

Modalidad	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Jub. Parcial	10.327	15.780	21.232	27.354	29.445	36.884	36.518
C. Relevo	10.766	16.030	22.751	30.206	34.618	40.646	34.162

Fuente: Elaboración propia con datos del Servicio de Empleo Público Estatal[8]

Tras la crisis, y la introducción en 2007 de medidas restrictivas para controlar el fraude y prevenir el abuso, las cifras se redujeron una tercera parte, aproximadamente:

Modalidad	2010	2011	2012
Jub. Parcial	27.787	27.268	32.969
C. Relevo	20.459	19.117	20.609

Fuente: Elaboración propia con datos del Servicio de Empleo Público Estatal [9]

Tras la disuasoria reforma introducida en 2013, las cifras de contratos por jubilación parcial no experimentaron una caída reseñable (sí en 2013, pero posi-

[7]https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2017/octubre_2017/ESTADISTICA_DE_CONTRATOS_ACUM.pdf [consulta: 17 de noviembre de 2017]

[8] http://www.sepe.es/contenidos/cifras/datos_estadisticos/index.html [consulta: 14 de octubre de 2017].

[9]https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2016/junio_2016/RESUMEN_ACUM.pdf [consulta: 14 de octubre de 2017].

https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2017/mayo_2017/ESTADISTICA_DE_CONTRATOS_ACUM.pdf [consulta: 14 de octubre de 2017].

blemente debido más a la crisis que a la reforma), aunque si lo comparamos con el escenario anterior a 2010 sí que ha tenido lugar una importante caída, estamos prácticamente en una tercera parte de lo que había antes de ese año:

Modalidad	2013	2014	2015	2016	2017 (datos a octubre)
Jub. Parcial	15.554	24.361	26.155	29.287	25.884
C. Relevo	12.225	14.715	14.811	15.537	13.110

Fuente: Elaboración propia con datos del Servicio de Empleo Público Estatal [10]

Está claro que el marco regulador es el determinante de esta importante oscilación, por lo que es clave comenzar con un análisis histórico-legislativo de esta figura en nuestro país.

2. EVOLUCIÓN DEL MARCO REGULADOR

Para comprender el actual marco regulador del contrato de relevo tiene un especial interés remontarnos a los orígenes normativos de esta figura, y sobre todo repasar las numerosas reformas que ha ido experimentando, hasta llegar a su actual configuración[11], reformas que han incidido en los tres elementos definitorios de este contrato: la necesidad de contratación de un relevista; la reducción de jornada del relevado; y la edad mínima a la que puede jubilarse parcialmente.

Su origen se sitúa en la Ley 32/1984 de 2 de agosto, que modificó el artículo 12 ETT[12]. La modificación, en lo que nos interesa, consistió en incluir –en su número 5- una nueva modalidad de contrato a tiempo parcial: el contrato de relevo, cuyo desarrollo reglamentario se hizo por el RD 1991/1984 de 31 de octubre (que derogó el RD 1445/1982) [13]. Respecto a cómo perfilaba la Ley 32/1984 los tres

[10]https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2017/mayo_2017/ESTADISTICA_DE_CONTRATOS_ACUM.pdf [consulta: 14 de octubre de 2017].

[11] Un análisis de la evolución hasta 2002, en CALVO GALLEGO, F.J., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Monografías de Temas Laborales, CARL, Sevilla, 2002, págs. 22 a 52.

[12] Precepto que estaba desarrollado reglamentariamente en la Sección Segunda del capítulo II del RD 1445/1982, de 25 de junio.

[13] En su Exposición de Motivos, la Ley 32/1984 aludía al contrato de relevo señalando que *"el contrato de relevo viene a completar esta posibilidad de reparto de trabajo, mejorando además el bienestar social de trabajadores con edad próxima a la de jubilación. La experiencia europea indica que estas formas de contrato son particularmente utilizadas por personas que acceden por primera vez a un puesto de trabajo, lo que facilita la adaptación del trabajador y le permite además simultanear su actividad laboral con otras actividades domésticas o formativas"*.

principales elementos caracterizadores de este contrato, puede afirmarse que con carácter general lo hizo de forma rígida. Así:

a) Contratación de relevista. Requería la simultánea celebración de un contrato de relevo con un trabajador desempleado, que cubriera la jornada dejada vacante por el jubilado parcial.

b) Reducción de jornada del relevado. La proporción de reducción de jornada y paralela percepción de la pensión de jubilación parcial se fijaba de forma rígida en el 50 por 100 de la jornada y del salario.

c) Edad mínima para jubilarse parcialmente. La edad debía ser inferior, como máximo, en tres años a la exigida (quedando en los 62 años).

Esta regulación se modificó con el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, desarrollado reglamentariamente por el RD 144/1999, de 29 de enero, normativa que introdujo un nuevo modelo de jubilación parcial, que abrió una nueva etapa en su regulación[14], haciéndola más flexible y modificando la edad mínima de acceso, con objeto de incentivar su uso. Así:

a) Contratación de relevista. Se mantiene en los mismos términos que la Ley 32/1984.

b) Reducción de jornada. Se dejó a las partes la determinación de la reducción dentro de una horquilla, que en este momento quedó fijada entre un mínimo del 30 por 100 y un máximo del 77 por 100.

c) Edad mínima. Amplió hasta cinco años el máximo de anticipación. Así, el artículo 8 RD 144/1999 conceptuaba la jubilación parcial como aquella «iniciada después del cumplimiento de los 60 años». No obstante, a continuación advertía que a tales efectos se tendrán en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que correspondan, lo que sin duda se refería a las edades mínimas especiales o extraordinarias que pueden proceder por las características especiales del trabajo realizado o resultar de reducciones por trabajos penosos, tóxicos, peligrosos o insalubres[15]. En esos supuestos, en los que la jubilación parcial acaeciera antes del cumplimiento de la edad real de sesenta años, tendría la misma duración que los supuestos ordinarios, ya que procederá por el transcurso de cinco años[16].

---

[14] SALVADOR PÉREZ, F. y BLASCO RASERO, C., «Comentario al artículo 166 LGSS. Jubilación parcial», en MARTÍN VALVERDE y GARCÍA MURCIA (Dirs.), *Ley General de Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 1213.

[15] PEDRAJAS MORENO, A., «Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial y contrato de relevo», en CASAS BAAMONDE y VALDÉS DAL-RÉ (Coord.), *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 201.

[16] Artículo 15 c RD 144/1999.

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, habilitó una nueva posibilidad de jubilación parcial para los trabajadores que hubieran cumplido los 65 años de edad, cuyo desarrollo se realizó en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, extendiendo la jubilación parcial a los mayores de 65 años. Desde entonces se distinguen dos modalidades de jubilación parcial, la anticipada, y la prevista para mayores de la edad ordinaria de jubilación, sin que en el segundo caso fuera necesaria la contratación de un relevista. En este mismo sentido, el Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, de Medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, y después la Ley 35/2002, de 12 de julio, de jubilación gradual y flexible, introdujeron un apartado 4.º al artículo 166 de la LGSS 1994, remitiéndose al desarrollo reglamentario, que –de respecto de los trabajadores por cuenta ajena- se concretó en el RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. Con este nuevo marco regulador, las notas propias del contrato de relevo quedaban perfiladas del siguiente modo:

a) Contratación de relevista. Se siguió exigiendo cuando el relevado tenga menos de 65 años, pero no en caso de los mayores de 65 años (o edad menor en supuestos de edad mínima especial).

b) Reducción de jornada. La Ley 12/2001 vuelve a modificar los porcentajes, ampliándolos a una horquilla que oscilaba entre un 25 y un 85 por 100

c) Edad mínima. No hay cambios al respecto en este momento.

Con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, se da un nuevo giro a la figura del contrato de relevo, en este caso de corte restrictivo. La nueva redacción dada a los apartados 1 y 2 del art. 166 de la LGSS endurece los requisitos para acceder a la jubilación parcial, y de estrecha la horquilla de reducción de jornada, aunque ambas medidas se acompañan de generosas disposiciones transitorias[17]:

a) Contratación de relevista. No hay cambios respecto a lo diseñado en 2002.

b) Reducción de jornada. La Ley 40/2007 estrecha los porcentajes a elegir entre el 25 y el 75 por 100, salvo en determinados supuestos en el 85 por 100.

c) Edad mínima. Aquí es donde la restricción es mayor, al actuar en un doble sentido: por un lado, fija la edad de modo expreso en 61 años; y por otro, expresamente se indica que a tales efectos no serán de aplicación estas reglas a

[17]Que quedaron derogadas con el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

las edades ficticias por penosidad. Transitoriamente se mantienen edades intermedias entre los 60 y los 61 años.

La siguiente reforma la encontramos en 2013 (prescindiendo de la que contemplaba la Ley 27/2011, ya que en este aspecto no llegó a entrar en vigor)[18]. Así, el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, introdujo unas reformas totalmente disuasorias, endureciendo los requisitos para jubilarse anticipadamente, y encareciendo la medida para el empresario (el empleador es quien debe dar el visto bueno a la jubilaci*ón anticipada parcial*, y se le impone un doble coste en cotizaciones para un mismo puesto de trabajo, la totalidad por el relevado, y la parte que corresponda por el relevista), que poco interés tendrá en realizar un contrato de relevo, que además de las cotizaciones del relevista debe realizar la casi totalidad del relevado. Así, y respecto de los tres elementos que tomamos como referentes en este análisis evolutivo:

a) Contratación de relevista. Se exige que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

b) Reducción de jornada. Se estrechan aún más los porcentajes a elegir, que quedan entre el 25 y el 50 por 100, salvo si el relevista es contratado con un contrato indefinido y a jornada completa, en cuyo paso puede ser del 75 por 100, exigiéndose además en tal caso que el contrato de relevo se mantenga al menos durante una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación.

a) Edad mínima. La edad se incrementa (en coherencia con la elevación de la edad ordinaria), a 65 años o 63, según que se acrediten treinta y seis años y seis meses (con unas reglas transitorias hasta 2027).

[18]El artículo 6 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, contemplaba modificar algunos aspectos de la jubilación parcial, pero menos de los que finalmente se cambiaron con el RDL 5/2013. Así, no cambiaba los límites de reducción de jornada, ni el período de carencia exigido al jubilado parcialmente. Introdujo algunas modificaciones que se mantuvieron con el RDL 5/2013, como el suprimir el considerar como situación asimilada a cotizado la parte de jornada no realizada por el trabajador jubilado parcialmente, exigiendo que la cotización fuese íntegra por el relevado; y se fijó una equivalencia entre relevista y relevado cuando hubiera una correspondencia entre bases de cotización, entendiendo que hay correspondencia si la del relevista no es inferior al 65% del relevado (prescindiendo completamente del grupo profesional); y finalmente, en el supuesto de personas con discapacidad o trastorno mental, el período de cotización exigido sería más reducido: 25 años.

Concluyendo, en la actualidad, el régimen jurídico del contrato de relevo (y la jubilación parcial, que completa y da sentido a esta figura contractual) se encuentra en el art. 12.6 y 7 ETT, y en el artículo 215 de la LGSS, en la redacción dada a ambos por el RDL 5/2013. Reglamentariamente, hay que estar al RD 1131/2002, de 31 de octubre, en lo que no contradiga a la nueva regulación legal.

Por otro lado, hay que referirse a su recepción en la negociación colectiva. El propio Estatuto de los Trabajadores indica que en la negociación colectiva se podrán establecer medidas para promover la celebración de contratos de relevo (art. 12.7.d) ETT). Esta previsión posibilita dos cuestiones: por un lado, que se recojan medidas para "impulsar", en el sentido de "fomentar", "estimular" o "promover"; por otro, recoger la obligación del empleador de facilitar, mediante las novaciones y contrataciones oportunas, la jubilación anticipada parcial que se le solicitara o de abonar complementos o mejoras a los trabajadores para fomentar este tipo de jubilación[19]. Lo que en ningún caso podrá recoger la negociación, obviamente, es la obligación de los trabajadores de jubilarse anticipadamente con carácter parcial para posibilitar la celebración de contratos de relevo.

3. REQUISITOS

3.1. Existencia de un trabajador jubilado parcialmente

La celebración de un contrato de relevo exige como presupuesto previo el que haya un trabajador a relevar, lo que obliga a analizar cuándo un trabajador puede optar por jubilarse parcialmente de forma anticipada, y por tanto generar la obligación empresarial de contratar un relevista (comos se ha indicado, el relevo no es preceptivo cuando el trabajador haya cumplido la edad ordinaria de jubilación, como advierte el artículo 215.1 LGSS)[20].

[19] En este sentido, SSTS de 22 de junio de 2010 (RJ 2010\2639); 6 de julio de 2010 (RJ 2010\8813); 7 de julio de 2010 (RJ 2010\3614); 21 de septiembre de 2010 (RJ\2010\7565); 5 de octubre de 2010 (RJ\2010\7800).

[20] Hay que recordar que no es obligatorio que el empresario acceda a la petición de jubilación anticipada parcial, pero lo que sí es obligatorio es que si accede a la jubilación parcial, se contrate un relevista (siempre que sea jubilación anticipada, no en caso contrario). Sobre la no existencia de una obligación legal de acceder a la solicitud de jubilación parcial, la Jurisprudencia del TS tiene declarado (SSTS/IV 22 de junio de 2010 (RJ 2010\2639); 6 de julio de 2010 (RJ 2010\8813); 7 de julio de 2010 (RJ 2010\3614); 21 de septiembre de 2010 (RJ\2010\7565); 5 de octubre de 2010 (RJ\2010\7800):

A) Si bien en el ámbito estricto de la Seguridad social el trabajador que reúna los requisitos para ello tiene pleno derecho a acceder a la jubilación anticipada parcial, sin embargo, desde el plano de las obligaciones previas en materia laboral, no puede imponerse a la empresa el cambio de un contrato a tiempo completo en un trabajo parcial a los efectos de acceso a la jubilación parcial, aunque la empresa

3.1.1. Requisitos para el relevado

a) Régimen de encuadramiento

El primer elemento a analizar es si pueden acogerse a la jubilación anticipada parcial todos los asegurados al Sistema, con independencia del régimen en el que se hallen encuadrados, o hay límites al respecto. Pues bien, la regulación legal de la jubilación parcial se recoge en el artículo 215 LGSS, precepto que al encontrarse ubicado en el Título II LGSS es de aplicación –en principio- solo para el Régimen General de la Seguridad Social, como es sabido.

No obstante lo anterior, se extiende a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales. Así, la disposición adicional primera LGSS, en su número 1, lo hace respecto del Régimen Especial de la Minería del Carbón. Y el artículo 30 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, lo hace respecto de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar[21]. Igualmente, el RD 1131/2002, de 31 de octubre, en su artículo 10 señala que lo previsto en el mismo se aplica a "los trabajadores por cuenta ajena, integrados en cualquier Régimen de la Seguridad Social".

En cuanto a los trabajadores por cuenta propia del RETA, el artículo 318 LGSS, en su letra d) señala que "Lo dispuesto en el artículo 215 será de aplicación en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente" (igual que ya hacía la disposición adicional octava LGSS 1994). Tal desarrollo reglamentario no ha tenido lugar. Esta falta de desarrollo también afecta a los autónomos del Mar, ya que el artículo 30 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero se remite a la normativa vigente del RETA.

---

deberá acceder a ello, en la medida de lo posible, y motivar su posible denegación, como cabe deducir del art. 12.4.e) IV ET relativo a las solicitudes de conversión de contrato de trabajo a tiempo completo en otro contrato a tiempo parcial o viceversa; y no existiendo tampoco, ni siquiera con ese afán motivador de la empresa a adoptar dicha forma de contratación, norma legal estatutaria que obligue a la empresa a dar también el segundo paso y concertar simultáneamente un contrato de relevo.

B) De no mediar acuerdo entre el trabajador que pretenda jubilarse y su empleadora, la posible obligación empresarial podría derivar de las previsiones que a tal fin pudieran contenerse en Convenio colectivo, pues entre las medidas de fomento contempladas en el art. 12.6.II d) ET para su articulación a través de la " *negociación colectiva* " con el fin de " *impulsar la celebración de contratos de relevo* ", sería dable incluir la obligación empresarial de facilitar, mediante las novaciones y contrataciones oportunas, la jubilación anticipada parcial que se le solicitara.

[21]La Disposición Adicional Primera, en su número 3, matiza que el requisito de edad previsto en el artículo 215.2.a) y la escala de edades incluida en la disposición transitoria décima, no será de aplicación a los trabajadores a que se refiere la disposición transitoria primera de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

La Disposición adicional sexta de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, con el título "Trabajadores autónomos y jubilación parcial", tampoco concreta nada, aunque expresamente se reconoce que se contemplará el relevo, remitiéndose a una futura norma. Así, indica que e el ámbito de la Subcomisión para el estudio de la reforma del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, constituida en el Congreso de los Diputados, y oídos los representantes de los trabajadores autónomos, se procederá a la determinación de los diferentes elementos que hagan posible el acceso a la jubilación parcial de los trabajadores del citado régimen, incluida la posibilidad de contratar parcialmente o por tiempo completo a un nuevo trabajador para garantizar el relevo generacional en los supuestos de trabajadores autónomos que no cuentan con ningún empleado.

De este modo, hasta no se concrete lo previsto en la Ley 6/2017, de 24 de octubre, para causar derecho a la jubilación parcial es necesario que se trate de un trabajador por cuenta ajena, cualquiera que sea el régimen en el que se encuadre (en tanto no haya un desarrollo reglamentario de lo previsto para los autónomos). Un trabajador por cuenta ajena releva a otro trabajador por cuenta ajena.

Centrándonos en los trabajadores por cuenta ajena, la cuestión a dilucidar es si para ser considerado, a estos efectos, como tal basta con que en el momento de la solicitud se encuentre dado de alta en uno de los regímenes de trabajadores por cuenta ajena; o por el contrario se exige que la pensión se cause en un régimen de trabajadores por cuenta ajena, lo cual determinaría cerrar esta modalidad jubilatoria a las personas que reúnen el mayor número de cotizaciones en un régimen de autónomos, aunque en el momento de la solicitud estaban dados de alta como trabajadores por cuenta ajena. Es decir, qué ocurre en los supuestos en que el beneficiario acredita cotizaciones en diversos regímenes, pero no reúne por separado, en ninguno de ellos, el período de carencia requerido. Como es sabido, en tales supuestos se causa por el Régimen en el que haya acreditado un mayor período de cotización, por lo que es posible que sea un régimen de trabajadores por cuenta propia. El TS se ha pronunciado sobre esta cuestión, optando por una interpretación pro-asegurado, extendiendo el derecho a la jubilación parcial a los trabajadores con independencia del régimen en el que causen la prestación, debiendo estar solo al régimen en el que estén encuadrados en el momento del hecho causante[22].

[22] Sin perjuicio de que cuando se aprecie fraude fuera de aplicación el articulo 6.4. Código Civil, supuesto nada infrecuente en tanto no se desarrolle reglamentariamente la jubilación parcial para los autónomos. Así, indica el Alto Tribunal que la LGSS ha dejado pendiente de desarrollo solo la jubilación de trabajadores autónomos, pero sin indicar nada del régimen en el que se cause la prestación. Por tanto, el único requisito exigido al respecto es ser trabajador por cuenta ajena que "reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación de la Seguridad Social", sin condicionar tal derecho ni al cómputo recíproco de cotizaciones en los diferentes

Por otro lado, hay que referirse a si la jubilación parcial puede extenderse a los empleados públicos. En particular, el personal estatutario regulado en el Estatuto Marco del Personal Estatutario (Ley 55/2007, de 12 de abril), y el regido por el Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre)[23].

Así, en cuanto al personal estatutario de los servicios de salud, hay que partir de que la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, les reconoce el derecho a la jubilación parcial el artículo 26, aunque acto seguido hace una precisión, y es que los órganos competentes de las comunidades autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos. Pues bien, esta última precisión dio lugar a un vivo debate, con pronunciamientos divergentes, en el que tribunales del orden administrativo sí han reconocido el derecho, mientras que los del orden social han rechazado el acceso a esta modalidad de jubilación en tanto no se produzca el desarrollo reglamentario, que a su juicio sería una condición. Esta posición de los tribunales del orden social culminó con la STS de 22 de julio de 2009, que indica que "el Estatuto Marco, aunque contempla esta posibilidad, la condiciona a que, quienes tengan competencia para hacerlo –las CCAA-, así lo determinen en su ordenamiento específico "como consecuencia de un plan de recursos humanos" (art. 26.4 Ley 55/2003)[24].

Regímenes de Seguridad Social, ni al Régimen General o Especial a cuyo cargo corre el pago de las prestaciones (STS de 20 de enero de 2009; STSJ País Vasco 24 de marzo de 2009).

En definitiva, se ha de estar prestando servicios por cuenta ajena (…) y se ha de tener derecho a pensión de jubilación de la Seguridad Social (STS 20 de mayo de 2009). Avala esta tesis – abunda el TS- "la actual redacción del artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social, introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que exige, además de los requisitos de edad y reducción de jornada, el acreditar un periodo de antigüedad en la empresa de al memos seis años (lo que comporta dicho periodo de cotización al Régimen General de la Seguridad Social) y acreditar un periodo previo de cotización de treinta años (sin que se exija que dichas cotizaciones sean al Régimen General)" (STS 20 de mayo de 2009).

[23] A todos ellos se refería la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007, emplazando al Gobierno para que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley (desde el 1 de enero de 2008) presentase "al Parlamento un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables", de los diferentes regímenes, añadiendo que "en dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior".

[24] Reiterando esa interpretación, ver STS de 13 de marzo de 2014 (RJ\2014\2518).

De forma similar, el Estatuto del Empleado Público, hay que diferenciar los empleados públicos laborales, y los funcionarios. Respecto de los primeros, se les aplica el régimen común ya visto. Ahora bien, respecto de los funcionarios el tema es más complejo. Así, se reconocía el derecho a la jubilación parcial en el artículo 67.1.d) de la Ley 7/2007, de 12 de abril; y en el artículo 67.4 se indicaba que procedería siempre y cuando el funcionario reuniera los requisitos previstos en el Régimen de la Seguridad Social que le fuera aplicable. Sin embargo, ambos apartados (letra d del 67.1, y el 67.4) fueron derogados por por la disposición derogatoria única.4.c) del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio. Y ya no se recoge en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Por tanto, hasta julio de 2012 había cierto apoyo legal para su reconocimiento (y de hecho se dictó numerosa jurisprudencia en ese sentido), pero tras el RDL 20/2012 ya no cabe esa posibilidad.

b) Edad de jubilación

Como ya hemos indicado, desde que en 1984 se instaurara la jubilación parcial en nuestro país, la edad mínima a partir de la cual podía accederse a la misma se ha ido fijando en relación a un máximo de anticipación respecto de la edad de jubilación (tres años en 1984, cinco en 1998), lo cual permitía que el referente que se tomara para la anticipación fuera la edad reducida por penosidad o toxicidad. Con la aprobación de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la jubilación parcial pasó a revestir dos modalidades en nuestro Ordenamiento: la entonces novedosa jubilación parcial a partir de los 65 años (art 166.1 LGSS), y la jubilación parcial a partir de los 60 años (art. 166.2 LGSS), que conforma lo que podríamos denominar la jubilación anticipada parcial.

Esta modalidad de jubilación anticipada fue objeto de una importante reforma por la Ley 40/2007, que entre otros aspectos, modificó la edad para acceder a ella. Así, hasta esta Ley, la edad requerida era tener 60 o más años, edad que podía ser real o ficticia por aplicación de coeficientes reductores. Con la Ley 40/2007 se amplió a los 61 años (salvo para los afiliados antes de 1967)[25], elevación de un año que se planificó de forma gradual y progresiva, aunque el RDL 8/2010, de 20 de mayo, derogó esa ampliación transitoria[26]. Por otro lado, solo se tendría en cuenta la edad real, sin que a estos efectos pueda considerarse cumplido el

[25] MALDONADO MOLINA, J.A., «La reforma de la jubilación en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre», *op cit.*, págs. 331 y 332.

[26] Pese a esta derogación, para determinados colectivos se mantuvo la edad de 60 años si tenía lugar antes de 31 de diciembre de 2012. Sobre esta cuestión, ver MALDONADO MOLINA, J.A., «El contrato de relevo», *op. cit.*, pág. 376.

requisito mediante la aplicación de coeficientes reductores de la edad fruto de los cuales se aplique una "edad ficticia.

Con el Real Decreto-Ley 5/2013 se produce una mayor elevación de la edad mínima, en sentido proporcional del incremento que tuvo lugar con la Ley 27/2011 para la edad ordinaria. Así, pasan a exigirse dos edades mínimas, según se tenga o no acreditados treinta y seis años y seis meses de cotización: sesenta y tres –en caso afirmativo- o sesenta y cinco –en caso contrario-. Y al igual que ocurría desde 2007, a tales efectos no se tienen en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad de jubilación que pudieran serle de aplicación[27].

c) Antigüedad en la empresa

Una de las novedades introducidas con la Ley 40/2007 fue la exigencia de acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años[28] inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 Estatuto de los Trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo. Esta exigencia no se modificó con el RDL 5/2013.

El objetivo de esta medida es evitar fraudes, de modo que la contratación de un trabajador se realice con objeto de pasar a tener la condición de trabajador por ajena. Precisamente, la exigencia de este requisito avala, según el TS, la interpretación de que es irrelevante el régimen por el que se cause la prestación, siendo lo determinante el régimen en el que se esté en alta en ese momento[29]. No se trata de acreditar un período de carencia en un Régimen, sino una antigüedad en una empresa, por lo que el funcionario que pasa a ser laboral, se entiende cumplido con los años de servicio prestados a la administración empleadora en régimen funcionarial[30].

[27] La Disposición Transitoria Décima LGSS fija reglas para la aplicación gradual de la nueva edad, exigiéndose 63 años en 2027.

[28] El requisito de seis años de antigüedad mínima iba a ser aplicado progresivamente, conforme a la tabla prevista en la Disposición Transitoria Decimoséptima LGSS 1994, disposición derogada por el RDL 8/2010, de 20 de mayo.

[29] Así, indica el TS que la finalidad de este requisito "es, que la jubilación parcial se aplique a tenor de los objetivos a que debe responder, rectificando, así, una utilización desviada que hacía peligrar el equilibrio patrimonial de la Seguridad Social", y pone de relieve que la figura prestacional debe ponerse en relación con la situación laboral del trabajador inmediatamente anterior al hecho causante, abstracción hecha del Régimen de Seguridad Social que debe reconocer la prestación (STS de 20 de enero de 2009).

[30] STS de 3 de febrero de 2014, RJ 2014\1053.

d) Período de carencia

Antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, no se exigía ningún período de carencia particular, debiendo estarse al período de carencia de quince años común de la jubilación. Sin embargo, y entroncando con el objetivo de endurecer el acceso a la jubilación anticipada, con esa Ley pasó a exigirse un período mínimo de cotización de treinta años[31], sin que, a estos efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. Es una regla que, como toda que supone un fortalecimiento del principio de contributividad, tiene una mayor incidencia en los colectivos débiles laboralmente, y en especial en la mujeres, habiéndose calificado incluso como una medida de discriminación indirecta[32], que debería ser corregida a la luz de la jurisprudencia constitucional recaída en relación con el cómputo del tiempo cotizado en los contratos a tiempo parcial[33].

El RDL 5/2013 incrementó el periodo de cotización exigido a treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial. Como novedad, y al igual que se reconoce para el resto de las jubilaciones anticipadas, se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año. En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, el período de cotización exigido será de veinticinco años.

Tras la nueva regulación de los trabajadores a tiempo parcial introducida por el RD-L 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (y la Ley 1/2014, de 28 de febrero)[34], habrá que estar a las reglas que –además de calcular la vida laboral de forma específica- adecuan la vida laboral de los trabajadores a tiempo parcial. Por tanto, para este tipo de trabajadores será proporcional al coeficiente global de parcialidad de su vida laboral, conforme al artículo 247 LGSS.

Como período de carencia que es, deberán ser tenidas en cuenta las cotizaciones efectuadas con independencia del régimen para el que se realizaron, con

[31] El período de treinta años de cotización también fue objeto de una aplicación gradual, en función de los años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley, aplicación gradual que fue derogada por el RDL 8/2010, de 20 de mayo.

[32] FERNÁNDEZ PRIETO, M., «La nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, discriminatoria por razón de género», *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, pág. 115.

[33] LÓPEZ GANDÍA, J., *La nueva regulación de la jubilación parcial tras la reforma del 2007*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2008, pág. 31.

[34] Con una nueva regulación que trata de adecuarse a lo prescrito por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sobre estas nuevas reglas, *vid.* MALDONADO MOLINA, J.A., «Vida laboral cotizada: cómputo y efectos tras las últimas reformas», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 1, 2014.

abstracción hecha por tanto, del Régimen de la Seguridad social que debe reconocer y satisfacer la prestación[35].

3.1.2. Reducción de la jornada

a) Límites de reducción

La jubilación parcial conlleva una reducción de la jornada del trabajador relevado, que pasará de ser de tiempo completo a tiempo parcial. De este modo, solo se admite cuando previamente la jornada es a tiempo completo (como precisa el art. 215.2 LGSS), sin que actualmente puedan acogerse a esta modalidad los trabajadores a tiempo parcial (incluyendo los fijos discontinuos), lo que antes de la Ley 40/2007 pareció discutirse[36].

Respecto de la reducción de jornada, no basta cualquier reducción, sino que ésta debe encontrarse dentro de los porcentajes fijados legalmente. Los porcentajes dentro de los cuales puede tener lugar la reducción de jornada han sido uno de los elementos que más modificaciones han experimentado desde la introducción de esta figura en 1984, tal y como podemos apreciar en la siguiente tabla:

Ley 32/84	RDL 15/98	Ley 12/01	Ley 40/07	Ley 27/11	RDL 5/13
50%	30%-77%	25%-85%	25%-75 (85% en algún caso)		25%-50% (75% si indefinido)

Fuente: elaboración propia

En la actualidad, queda comprendida entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo del 50 por 100, o del 75 por 100 para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida[37].

[35] STS de 20 de enero de 2009.

[36] Sobre esta polémica, y con interpretaciones anteriores a la reforma de 2007, *vid.* CALVO GALLEGO, F.J., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, *cit.*, págs. 64 a 66.

[37] En tales casos, deberá mantenerse al menos durante una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a que se refiere el artículo 205.1.a) LGSS. En el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante. En caso de incumplimiento por parte del empresario de las condiciones establecidas en el presente artículo en materia de contrato de relevo, será responsable del reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial.

Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

En el supuesto de que el trabajador se encuentre pluriempleado (a tiempo completo y a tiempo parcial en distintas empresas) y pretenda acceder a la jubilación parcial, los límites de la reducción de jornada se aplican exclusivamente al trabajo desde el que se accede a la jubilación, sin afectar a la jornada realizada en el otro, aun cuando en cómputo global la jornada realizada exceda de los límites del art. 12.6 del ET[38].

Paralelamente a esta reducción de la jornada, procederá la solicitud de acceso a la jubilación parcial y el reconocimiento de la correspondiente pensión, prestación que se verá reducida proporcionalmente en función de la reducción de su jornada de trabajo, que se corresponderá, por tanto, con el porcentaje de jornada que reduce y deja vacante (art. 12 RD 1131/2002).

b) La acumulación continua de la jornada reducida

Algunas empresas han venido realizando una peculiar distribución del tiempo de trabajo en el caso de los trabajadores jubilados parcialmente, consistente en acumular las horas de trabajo del jubilado parcial en jornadas completas, de manera que éste trabaje en jornadas completas consecutivas todas las horas le corresponderían hasta el fin de la jubilación parcial, dejando de prestar servicios una vez cumplidas tales horas. Esa distribución se ha hecho, además, optando por el porcentaje más extremo de la horquilla vigente hasta el 1 de abril de 2013 (fecha entrada en vigor del RDL 5/2013, de 15 de marzo): trabajar solo el 15% de la jornada (percibiendo el 85% de la pensión que le correspondiera).

Es decir, en lugar de reducir la jornada diaria un 85% (al 15%), se calculaba el número total de jornadas que le corresponderían hasta el momento de la jubilación total, y de esas trabajaban a tiempo completo el 15% de las mismas, dejando de prestar servicios por completo el resto del tiempo (aunque con el contrato vigente, obviamente, manteniendo el alta y consiguiente cotización prorrateada)[39].

Esto tenía incidencia directa en el "actor secundario", el relevista, que se escudaba en considerar que hubo fraude en la contratación para solicitar la im-

[38]STSJ del País Vasco, de 27 de abril de 2004.

[39] Así, los dos casos que llegaron al Tribunal Supremo tenían la siguiente distribución:

- STS de 19 de enero de 2015 –rcud 627/2014- (Empresa, *Terminal de Contenidors de Barcelona S.L.*): concentra toda la actividad (el 15% del tiempo restante hasta su jubilación total) en 9 meses.

- STS de 29 de marzo de 2017 (Empresa, *Paradores de Turismo S.A.*): también reduce la actividad al 15%, y la concentra en tres meses y unos días.

procedencia de la extinción de su contrato, al entender que, el relevado se había jubilado años antes de la extinción del contrato. El Juzgado de lo Social estimó su pretensión, considerando fraudulento el contrato de relevo, pero no así la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña[40], ni el TS[41] en 2015, que asume la argumentación de la Sala, entendiendo que "la contratación se ha ajustado a la finalidad de la normativa reguladora" y que "no cabe prescindir del hecho de que el contrato de relevo debe ajustarse a sus propias vicisitudes".

En el segundo, deriva de una actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y posterior reclamación del INSS por prestaciones indebidamente percibidas. Tanto el Juzgado de lo Social como la Sala[42], entendieron que tal distribución acumulada no tenía cabida en nuestro Ordenamiento, siendo fraudulenta. Sin embargo, el TS[43], casa y anula dicha Sentencia, asumiendo todos los argumentos de la STS de 19 de enero de 2015, sin que aporte absolutamente nada nuevo respecto de ésta.

Por tanto, debemos centrarnos en los argumentos de la STS de 19 de enero de 2015. La Sentencia que casa el TS en ésta resolución es la STSJ de Aragón de 21 de noviembre de 2007 [rec. 952/07], que declara que con esta distribución acumulada nos encontramos ante un «supuesto no previsto legal ni reglamentariamente a ningún efecto ..., y, realmente, lo que se ha producido, al amparo de las normas de la jubilación parcial, es una anticipación de la edad de jubilación, con la consiguiente desaparición de la causa de temporalidad del contrato de relevo celebrado con dicho límite temporal ..., de forma y manera que, en definitiva, la empresa realizó con la demandante una contratación de duración determinada sin causa alguna de temporalidad, incurriendo en el fraude de ley ... Se logra, además, con dicha concentración inicial de todos los servicios laborales pendientes del parcialmente jubilado, una percepción de la prestación de jubilación sin la reducción existente, por coeficiente reductor, en los casos ordinarios de jubilación anticipada...».

Frente a esta posición, la STS de 19 de enero de 2015 considera que «Con tal afirmación se pasa por alto el concepto mismo de la «jubilación», que consiste en una situación de necesidad generada por la ausencia de rentas salariales, determinada por el cese en el trabajo a causa de la edad y acompañada del cese en las cotizaciones. Y en el caso debatido mal se puede mantener la existencia de aquella alegada «jubilación -total- anticipada», porque ha continuado el percibo

[40] STSJ de Cataluña, de 3 de octubre de 2013, que declara que aunque la referida concentración de la jornada «no deja de ser algo anómalo e infrecuente…no es perseguible ni afecta ni perjudica al relevista, mientras la empresa siga cotizando por ambos».

[41] STS de 19 de enero de 2015 –rcud 627/2014-.

[42] En este caso, el TSJ de Andalucía, en su sede de Málaga, Sentencia de 26 de marzo de 2015.

[43] STS de 29 de marzo de 2017 –rcud 2142/2015-.

de la retribución, ha persistido el alta en la Seguridad Social y el ingreso de las correspondientes cotizaciones durante todo el periodo que media entre la jubilación parcial y la edad ordinaria de jubilación, concurriendo -eso sí- la exclusiva singularidad de que se hubiese concentrado la prestación de servicios en los nueve primeros meses de la jubilación parcial. Supuesto anómalo -como con acierto lo califica la decisión recurrida- que ciertamente puede tener consecuencias del más diverso orden y que ni tan siquiera procede ahora aventurar, pero que en todo caso no pueden ser las pretendidas de invalidar el previo contrato de relevo y de trasformar en despido improcedente el legítimo cese del relevista en la fecha pactada».

Siguiendo esta línea de subrayar la polivalencia funcional de la jubilación parcial, el TS fundamenta esta figura en tres objetivos[44]:

- Primero: facilitar el acceso gradual a la jubilación y la renovación de las plantillas de las empresas.

- Segundo (de política de empleo): evitar la pérdida de puestos de trabajo [de ahí la exigencia de celebrar simultáneamente un contrato de relevo con al menos la misma duración que el tiempo que reste hasta la jubilación definitiva del relevado y con una jornada al menos igual al tiempo de reducción experimentada por la jornada de éste].

- Tercero (de salud financiera de la Seguridad Social): evitar una merma sustancial en la recaudación de las cotizaciones sociales [de ahí que primeramente se hubiera requerido inicialmente trabajos iguales o similares, y posteriormente -tras las Leyes 40/2007 y 27/2011- la correspondencia de cotización].

En estas Sentencias, se considera que los objetivos Segundo y Tercero se cumplen aunque se acumule la jornada. Sin embargo, admite que el Primero no. Ahora bien, lo salva en el hecho de que lo acepta el propio trabajador[45].

Consideramos que no es admisible recurrir a una figura que tiene como virtud dejar de trabajar progresivamente, en aras de la salud física y psicológica del trabajador, pero sin embargo se renuncia precisamente a lo que le da carta

[44]SSTS 23 de noviembre de 2011 -rcud 3988/10 -; 24 de abril de 2012 -rcud 1548/11 -; 4 de mayo de 2012 -rcud 4475/11; 19 de enero de 2015 –rcud 627/2014.

[45] Literalmente, señala lo siguiente: *«Esta distorsión temporal trabajo/cuota desatiende -ciertamente- una de las finalidades de la compleja institución de que tratamos, cual es la del acceso paulatino a la jubilación, pero ello -entendemos, contrariamente a lo que el recurso mantiene- no ha de trascender al contrato de relevo suscrito en autos y menos hasta el punto de desvirtuar su naturaleza temporal. De un lado, porque la citada finalidad está prevista en exclusivo beneficio de quien se jubila y es éste precisamente el que -mediante acuerdo con la empresa- renuncia en parte a ese escalonado cese en el trabajo, agrupando en nueve meses el trabajo a realizar hasta su jubilación total; (...)»*..

de naturaleza: la reducción progresiva de la actividad, dejándolo en una pseudo-jubilación anticipada, pero eso sí, sin la penalización de la misma. De *lege ferenda*, debería vedarse la posibilidad de acumular la jornada, ya que priva al trabajador de las ventajas que conlleva la reducción paulatina de la actividad, y se hace un uso desnaturalizado de la misma que puede legitimar recortes en su régimen jurídico (cuando no su desaparición), escudándose en que "solo sirve para defraudar".

Por tanto, entendemos que respaldar la acumulación de la jornada reducida no ayuda precisamente al desarrollo de la jubilación parcial. Esta interpretación no puede conducir sino a un uso desnaturalizado de la jubilación parcial, contribuyendo a una imagen negativa de la institución que legitime a los que desean que desaparezca, perdiendo una de las pocas figuras que permiten suavizar el paso de la vida activa a la inactiva[46].

La STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2013, fue la que declaró que aunque la referida concentración de la jornada «no deja de ser algo anómalo e infrecuente…no es perseguible ni afecta ni perjudica al relevista, mientras la empresa siga cotizando por ambos». Y el TS hizo propio el calificativo de "supuesto anómalo", pero admitiéndolo por no estar expresamente prohibido[47]. El TS se apoya en dos argumentos:

[46] Por ello, es importante apostar por un marco legal de la jubilación parcial que posibilite su desarrollo en nuestro país, disipando las dudas que la rodean. Se contribuirá no solo a dar uso a una figura con efectos positivos en el reparto del empleo, sino también con enormes virtudes de cara a la gradualidad y progresividad en el retiro, ambos elementos clave en una sociedad con problemas de desempleo juvenil a la par que con tasas de envejecimiento en constante y –afortunadamente- inevitable crecimiento. Puede ayudar a combatir el desempleo juvenil y fomentar el envejecimiento exitoso y el envejecimiento activo.

[47]Así, respecto de la concentración de jornada, señala: "no tiene expresa contemplación legal, pues la prevista en el art. 65.3 del RD 2064/1995 [introducida por la DA Tercera del RD 1131/2002] se limita a «los trabajadores con contrato a tiempo parcial, que hayan acordado con su empresa que la totalidad de las horas de trabajo que anualmente deben realizar se presten en determinados períodos de cada año...». Pero esa ausencia de específico tratamiento normativo no implica de suyo ilegalidad alguna, sino que partiendo de la libertad de pacto que impera en nuestra legislación [artículo 1255 CC] aquella consecuencia solamente es sostenible cuando media fraude, y éste -como acertadamente destaca el Ministerio Fiscal, con palabras muy similares a las que vamos a utilizar- solamente se identifica con «la vulneración de una norma prohibitiva o imperativa que se produce de una manera oblicua, es decir, mediante un acto amparado formalmente en el texto de una norma [la denominada norma de cobertura] que persigue en realidad un resultado contrario al ordenamiento jurídico que, como tal, no queda protegido por aquella norma» (así, STS 10/12/13 (RJ 2013, 8028) -rcud 3002/12-); lo que nos ha de llevar a examinar la posible burla de la plural finalidad de la norma".

1) Por un lado, en la regulación del trabajo a tiempo parcial, que admite que la totalidad de las horas de trabajo que anualmente deben realizarse, se presten en determinados períodos de cada año. Y no habiendo otras previsiones adicionales, concluye en que no se prohíbe acumular en un solo año la jornada de varios años.

2) Por otro, en el concepto de la jubilación. En efecto, indica que la jubilación "consiste en una situación de necesidad generada por la ausencia de rentas salariales, determinada por el cese en el trabajo a causa de la edad y acompañada del cese en las cotizaciones".

Pues bien, no podemos compartir ninguno de ellos, porque entendemos que:

1) No cabe la acumulación internual en los trabajos a tiempo parcial

Es cierto que la regulación del trabajo a tiempo parcial permite la acumulación anual de la jornada, pero no la interanual, que es la que se analizaba en los supuestos de hecho de ambas Sentencias. El período de referencia es el año, por lo que -como precisa Calvo Gallego, "resulta imposible –por el momento- trasladar a nuestro ordenamiento otras posibilidades de coordinación de tiempo de trabajo y jubilación en períodos más amplios no del todo desconocidas en países de nuestro entorno cultural"[48].

El artículo 65.3 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, fija reglas de prorrateo de la cotización para los supuestos de trabajo concentrado, pero entendiendo que opera cuando "las horas de trabajo que anualmente deben realizar se presten en determinados períodos de cada año". Como se comprueba, son las horas a prestar "anualmente" las que se pueden acumular en períodos de "cada año". Pero no la interanual: todas las horas a realizar en cuatro años, las ejecuto en una parte del año, y el contrato sigue vigente los demás años aunque no haya más prestación de servicios (ni se le espere). En esta misma línea, la Orden de cotización anual desarrolla el artículo 65.3 RD 2064/1995, dejando claro este carácter anual[49]. No cabe prorratearlo por períodos superiores al anual.

[48] CALVO GALLEGO, F.J., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, *cit.*, págs. 78 y 79. Ya en 2002 advertía el profesor CALVO GALLEGO que esas otras fórmulas (porcentaje de reducción en un módulo plurianual) "no hacen en realidad sino encubrir en muchas ocasiones como una jubilación parcial y, sobre todo progresiva, lo que no es realmente sino una jubilación total y anticipada".

[49] Así, señala que "la base de cotización se determinará al celebrarse el contrato de trabajo y al inicio de cada año en que el trabajador se encuentre en dicha situación, computando el importe total de las remuneraciones que tenga derecho a percibir el trabajador a tiempo parcial en ese año", y a continuación "el importe obtenido se prorrateará entre los doce meses del año o del período inferior de que se trate, determinándose de este modo la cuantía de la base de cotización correspondiente a cada uno de ellos, que no podrá ser inferior al importe de las bases mínimas establecidas para los trabajadores a tiempo parcial, y con independencia de que las remuneraciones se perciban íntegra-

2) No cabe ninguna acumulación en la jubilación parcial

Es más, entendemos que no son de aplicación las reglas comunes del trabajo a tiempo parcial, ya que el contrato que realice un jubilado parcial tiene reglas específicas que no solo impiden la concentración anual (y la interanual, obviamente), sino cualquier tipo de acumulación. Esto sería así porque:

- el artículo 215.2 letra g) LGSS (precepto cuya redacción proviene del RDL 5/2013, vigente a partir de 1 de abril de 2013, fecha posterior a los hechos que motivan las sentencias analizadas), fija unas reglas totalmente singulares para la cotización de las personas jubiladas parcialmente, reglas que se apartan por completo de las previstas en el artículo 65.3 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre (que es el que sirve de apoyo al TS para justificar la acumulación de la jornada). Así, el artículo 215.2 letra g LGSS, dispone que "Sin perjuicio de la reducción de jornada a que se refiere la letra c), durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando éste a jornada completa". Se suprime el considerar como situación asimilada a cotizada la parte de jornada no realizada por el trabajador jubilado parcialmente, sino que la cotización será íntegra[50]. Ahora bien, en ningún caso, el porcentaje de la base de cotización fijado conforme a las reglas anteriores podrá resultar inferior al que corresponda en función de la actividad laboral efectivamente realizada[51]. Por tanto, al haberse establecido unas reglas de cotización específicas, ya no es aplicable a la jubilación parcial el artículo 65.3 RD 2064/1995, que al fijar unas reglas para la cotización en caso de acumulación de jornada, implícitamente admitía tal acumulación.

- el artículo 10 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como de la jubilación parcial, tras indicar las horquillas en las que puede moverse la jubilación parcial, señala que tales porcentajes, "se entenderán referidos a una jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable". Habla de "una jornada de trabajo", por lo que se refiere a un módulo diario, que será el único

---

mente en los períodos de trabajo concentrado o de forma prorrateada a lo largo del año o período inferior respectivo" (artículo 40 Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2017).

[50] Esta elevación de la cotización, conforme al número 3 de la Disposición Transitoria décima LGSS, se aplicará gradualmente hasta 2027, del siguiente modo: a) durante el año 2013, la base de cotización fue equivalente al 50 por ciento de la que hubiera correspondido a jornada completa; b) a partir del año 2014, por cada año transcurrido se ha ido incrementado un 5 por ciento más, hasta alcanzar en 2023 el 100 por ciento de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa (2014: 55 %; 2015: 60 %; 2016: 65 %: 2017: 70 %; 2018: 75 %; 2019: 80 %; 2020: 85 %; 2021: 90 %; 2022: 95 %; 2023: 100 %).

[51] El máximo de actividad será del 75%, por lo que esta regla dejó de tener interés en 2018.

que podrá verse reducido progresivamente, con objeto de que el trabajador vaya adaptándose a la situación de retirado de manera gradual. El artículo 215.2 LGSS utiliza la expresión "la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable", jornada que al ser de un trabajador a tiempo completo debe entenderse de alguien que presta sus servicios todos los días.

3) La jubilación no procede si no hay cese de actividad (al menos cese parcial)

En la Sentencia de 19 enero de 2015, y con el propósito de desvirtuar los argumentos de la STSJ de Aragón de 21 de noviembre de 2007 [rec. 952/07], que declara que con esta distribución acumulada nos encontramos ante un «supuesto no previsto legal ni reglamentariamente a ningún efecto ..., y, realmente, lo que se ha producido, al amparo de las normas de la jubilación parcial, es una anticipación de la edad de jubilación», subraya que con tal », subraya que con tal "afirmación se pasa por alto el concepto mismo de la «jubilación», que consiste en una situación de necesidad generada por la ausencia de rentas salariales, determinada por el cese en el trabajo a causa de la edad y acompañada del cese en las cotizaciones".

La normativa reguladora de la pensión de jubilación no recoge el cese en el pago de las cotizaciones como condicionante de la jubilación. Sí se recoge el cese en el trabajo, como es bien sabido, en el artículo 204 LGSS ("cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena"). Pues bien, con la jubilación parcial se requiere un cese en el trabajo, de forma parcial, como recoge el artículo 11 RD 1131/2002, de 31 de octubre, al señalar cuál es el hecho causante de la pensión de jubilación parcial, que "se entenderá producido el día del cese en la jornada del trabajo que se viniese realizando con anterioridad". En consecuencia, si no cesa en la jornada a tiempo completo que venía desarrollando, no se produce el hecho causante de esta prestación, sin que –en consecuencia- proceda la jubilación parcial. Por tanto, si el acumular la jornada a tiempo parcial tiene como efecto que el trabajador, de facto, sigue trabajando a tiempo completo, no puede considerarse que se haya jubilado.

Por todo lo anterior, consideramos realmente no tiene cabida la acumulación de jornada en los términos admitidos por el TS. Realmente con el régimen jurídico anterior a 1 de abril de 2013, la interpretación se nos antoja forzada, pero tras las nuevas reglas de cotización aprobadas por el RDL 5/2013, conforme a la cual la cotización se realiza en los mismos términos que si se siguiera trabajando a tiempo completo, deja de ser de aplicación el artículo 65.3 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, que es donde se apoyó el TS para admitir tal acumulación.

3.2. Correspondencia entre bases de cotización de relevado y relevista

Hasta el RDL 5/2013, se exigía que hubiera una equivalencia entre los puestos del trabajador relevado y el relevista. Fue una exigencia que gradualmente fue desapareciendo. Así, hasta la Ley 40/2007[52] se exigía con carácter absoluto, requiriendo una equivalencia de tareas correspondientes al grupo profesional o categoría equivalente[53] y a partir de esa fecha admitió excepciones, contemplando una alternativa a "los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista", requiriendo en tal caso que "exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial" (artículo 166.2 LGSS 1994, en la redacción dada por la Ley 40/2007).

Con el RDL 5/2013, lo que era una regla de aplicación subsidiaria, pasó a ser la regla principal, omitiéndose por completo la exigencia de equivalencia entre puestos a ocupar, y requiriendo solo que "Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por 100 del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial" (artículo 215.2 letra e LGSS).

---

[52] Esta modificación afectó tanto a lo preceptuado por el Estatuto de los Trabajadores como la LGSS. Así, en el art. 12 ETT donde antes se decía: "El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiendo por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente", añadió que "(…). En los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo que vaya a desarrollar el relevista no pueda ser el mismo o uno similar que el del jubilado parcial, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el art. 166.2.e) LGSS. Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial". Y el art. 166.2 de la LGSS, que hasta el 1 de enero de 2008, disponía: "los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en cinco años, como máximo, a la exigida con carácter general, podrán acceder a la jubilación parcial, en las condiciones previstas en el ap. 6 del art. 12 del ET", pa".

[53] Un análisis de la interpretación jurisprudencial de equivalencia entre grupos y categorías, en MALDONADO MOLINA, J.A., «El contrato de relevo», *op. cit.*, pág. 380.

Como se comprueba, el puesto a ocupar por el relevista ya no tiene que tener conexión alguna con el relevado. El relevo no es entre sus puestos de trabajo, sino de un empleo a otro. Solo se pone como límite que no exista una sustancial diferencia entre las bases de cotización de ambos, lo cual revela que el límite es financiero, tratando de evitar que el Sistema pierda unas bases de cotización "solventes" a cambio de otras "precarias". En particular, el límite es que no sea inferior al 65 por 100. Hasta el RDL 5/2013, ese 65 por 100 era "de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial", y desde 1 de abril de 2013 es del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial. Ya no tiene que ser ni el mismo puesto, ni siquiera similar. Puede serlo o no[54].

3.3. El relevista

No cualquier trabajador puede ser relevista del jubilado parcialmente, sino que además de que haya proximidad entre sus bases de cotización, será requisito imprescindible que el contrato de relevo se concierte con un trabajador en situación de desempleo o con un trabajador vinculado a la propia empresa por un contrato de duración determinada (art. 12.7 ETT).

Respecto de los casos en que se recurre a un trabajador desempleado, hay que aclarar que se cumple el requisito tanto si se trata de desempleo total como parcial. En efecto, la normativa se limita a exigir la condición de desempleado, sin especificar si debe ser "desempleo total" o también se predica al "desempleo parcial", por lo que debe entenderse extensible a todo desempleado. Esta solución no solo es la coherente con la dicción de la norma, no debiéndose limitar derechos si la norma no lo hace, sino que se conecta con el objetivo proclamado en la Ley 12/2001, que propugnaba no *sólo el incremento del empleo, sino también la mejora de su calidad.* Y ello por "el derecho básico a la promoción del empleo y al trabajo (art. 35 CE), permite concebir como desempleado a todo trabajador que no ocupa de forma completa la jornada laboral, de manera que al contratado a tiempo parcial le es admisible la búsqueda de nueva contratación, a través del mercado del desempleo"[55]. Ahora bien, ello no quiere decir que el requisito exigido de tratarse de un «trabajador en situación de desempleo» puede interpretarse flexiblemente considerando en tal situación a un trabajador vinculado con otra empresa por un contrato a tiempo parcial[56].

---

[54] El artículo 12.7 letra d) ETT señala que «El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido. En todo caso, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social».

[55] STSJ de Valencia, de 19 de febrero de 2009.

[56] STSJ de Cataluña, de 14 de diciembre de 2004, AS 2005.

En cuanto a los supuestos de un trabajador con un contrato de duración determinada con la misma empresa, los Tribunales de Justicia han realizado varias precisiones. Por un lado, no obsta a que se cumpla el requisito el hecho de que el trabajador con un contrato temporal que pasa a ser relevista, simultáneamente realice otra actividad que dé lugar a su inclusión en el RETA[57]. Por otro, en caso de que el contrato temporal posteriormente fuese declarado en fraude de ley, debiendo ser calificada dicha relación laboral como indefinida, dicha calificación no implicaría que se incumplan los presupuestos exigidos para la jubilación parcial, ya que los tribunales acogen al respecto una interpretación teleológica, considerando que si la finalidad de esta figura es la promoción del empleo, tal objetivo se cumple con independencia de que la relación laboral fuera posteriormente calificada como en fraude de ley[58].

4. ELEMENTOS FORMALES. EL CONTRATO DE RELEVO

4.1. Requisitos formales

La disposición adicional primera del RD 1131/2002 establece que el contrato de relevo deberá formalizarse por escrito y en modelo oficial, en el que deberá constar el nombre, la edad y circunstancias profesionales del trabajador sustituido, y las características del puesto de trabajo que vaya a desempeñar el trabajador relevista. Además se precisa que la celebración de dicho contrato no supondrá la pérdida de los derechos adquiridos y de la antigüedad que correspondan al trabajador.

No cabe, pues, flexibilización en cuanto a la forma, sin que sea admisible la contratación verbal. La ley, "con carácter imperativo, que no permisivo, impone la forma escrita ha de ser ésta la que establezca el nexo contractual determinando así aquellos presupuestos que el referido contrato exige. Y es que, siendo cierto que una cosa es que la norma administrativa imponga al empresario la sanción consistente en satisfacer a su costa el importe de la pensión de jubilado parcial, cuando por su propio interés y sin justificación alguna haya contravenido el espíritu de la norma legal y reglamentaria que admiten la flexibilidad en la contratación a tiempo parcial, en la jubilación parcial y en el contrato de relevo en aras de un fin que se entiende superior como es el fomento del empleo, y otra que se pretenda incluir en su ámbito de aplicación supuestos fácticos no contemplados en él. La formalización escrita, dentro del plazo legal, del contrato de relevo ha de evidenciar su necesidad"[59].

---

[57] SSTS de 30 de mayo y 21 de septiembre de 2011, RJ\2011\5107 y RJ\2011\7610.

[58] STSJ del País Vasco de 4 de septiembre de 2007 y 10 de marzo de 2009.

[59] STSJ de Andalucía –Granada- de 28 de enero de 2009.

El contrato se deberá comunicar al Servicio Público de Empleo en los diez días hábiles siguientes a su concertación, adjuntándose una copia básica del mismo firmada por los representantes legales de los trabajadores si los hubiere. Igualmente, deberá entregarse una copia básica del contrato a los representantes legales de los trabajadores de, en el plazo de diez días.

Respecto de su cotización, la base de cotización a la Seguridad Social y demás aportaciones que se recauden conjuntamente con aquélla estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas o días de trabajados.

4.2. Duración del contrato y jornada

La duración del contrato de relevo se determina por reglas distintas según que se trate de relevista del trabajador que acoge a la jubilación anticipada parcial; o el jubilado parcialmente tras el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

En el primer caso (relevista que sustituye al jubilado anticipadamente), el artículo 12.7 ETT diferencia dos situaciones:

a) Regla general: el contrato de relevo puede ser indefinido o por una duración determinada, en cuyo caso deberá tener una duración mínima equivalente al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad ordinaria que le corresponda. Ahora bien, el que el legislador utilice la expresión «como mínimo» no quiere decir que exista la obligación de mantener al relevista durante todo ese tiempo, sino que se condiciona a que exista la situación de relevo. Y es mínimo, porque no necesariamente se extingue al cumplir la edad ordinaria el relevado, sino que si al cumplir dicha edad, el jubilado parcialmente continúa en la empresa, el contrato de duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por períodos anuales, extinguiéndose en todo caso al finalizar el período correspondiente al año en que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

b) Excepción: en el caso relevar a un trabajador que acceda a la jubilación parcial con una reducción de jornada del 75 por ciento, además de exigirse que la jornada del relevista sea a tiempo completo, se requiere que el contrato de relevo alcance al menos una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad ordinaria. En el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante.

La Ley 40/2007 introdujo un supuesto en el que debía ser indefinido obligatoriamente, y era cuando se trataba de relevar a trabajadores que accedieran a la jubilación parcial con una reducción de jornada del 85 por ciento, de modo que la extinción del contrato de relevo se consideraría despido improcedente[60]. Esta situación no se contempla desde el RDL 5/2013.

El segundo gran supuesto que había que analizar en orden a la duración era el relevista que reemplaza a trabajador que ya ha alcanzado su edad de jubilación ordinaria. En tal caso, el contrato de relevo podrá ser indefinido o anual, en cuyo caso se prorrogará por períodos anuales, extinguiéndose en todo caso cuando acontezca la jubilación total del trabajador relevado.

Hemos señalado que la pervivencia del contrato de relevo se condiciona a que exista la situación de relevo, lo que exige analizar las diferentes incidencias que pueden acontecer en el desarrollo se esa situación, determinando en qué medida afecta a la pervivencia de dicho contrato:

- Fallecimiento del relevado. En 2010, el TS unificó la doctrina al respecto, considerando que «tal acontecimiento no tiene incidencia en el contrato de trabajo del relevista, el cual, se haya suscrito por tiempo indefinido o por una duración determinada, se mantiene vivo y vigente en sus propios términos»[61].
- Jubilación anticipada total del relevado. El contrato de relevo tiene una causa y una duración temporal concreta, de forma que mientras no se produzca el acontecimiento previsto como tal (la jubilación ordinaria y no la anticipada del trabajador relevado), no se puede dar por extinguido, sin perjuicio,

[60] SSTS de 15 de diciembre de 2016, RJ\2017\141 y de 6 de junio de 2017, RJ\2017\3165.

[61] STS de 25 de febrero de 2010, RJ\2010\1477. El TS funda su decisión en dos argumentos, uno de los cuales ha decaído tras el RDL 5/2013. El primero es teleológico, y es que la finalidad de la institución del empleo-jubilación parcial es armonizar o combinar los intereses de los sujetos implicados - empleador, relevado y relevista - sobre la base de mantener incólume, en principio, el volumen de empleo existente en la empresa, en lo que concierne a las funciones laborales afectadas. Apoya este argumento en un requisito que ya no se exige: el puesto de trabajo afectado por el contrato de relevo ha de ser el mismo desempeñado por el jubilado parcial o un puesto de trabajo «similar». El segundo, es temporal, y es que «La propia normativa del art. 12.7 lo viene a decir, de un lado en la letra b), cuando exige, como se acaba de ver, una duración mínima del contrato "igual" al intervalo entre la jubilación parcial y la total, y de otro lado en la letra c), cuando impone que " la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la duración de la jornada acordada por el trabajador sustituido"». Sin embargo, en la STS de 14 de marzo de 2017, RJ\2017\1473, y a propósito de si cabe la extinción del contrato de relevo por la jubilación anticipada total, indica el contrato de relevo tiene «una duración temporal concreta y que mientras no se produzca el acontecimiento previsto como tal (la jubilación ordinaria y no la anticipada del trabajador relevado) o el que le ponga fin en su caso (p.e., la muerte del relevado) no se puede dar por extinguido». Considerando que el fallecimiento del relevado determina la extinción del contrato de relevo, STSJ de Extremadura, de 10 de abril de 2008.

evidentemente, de las causas del despido disciplinario o de cualquier otra que justificadamente lo lleve a su término[62].

- Despido improcedente del trabajador jubilado parcialmente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada y no se procediera a su readmisión. La empresa deberá ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por éste dicha ampliación, deberá contratar a otro trabajador en quien concurran las circunstancias requeridas.
- Denegación de la pensión de jubilación parcial. El contrato de relevo será nulo, ya que la sustitución del relevista constituye una motivación de la contratación causalizada y esencial, de manera que el error sobre la misma determina la invalidez del consentimiento, sin que sea preciso que el error sea imputable al trabajador, bastando con que sea excusable para la empresa[63].
- Por el contrario, si el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada y no se procediera a su readmisión, la empresa deberá ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por éste dicha ampliación, deberá contratar a otro trabajador en quien concurran las circunstancias exigidas. En el supuesto de que la jornada de trabajo del relevista fuera superior a la jornada dejada vacante, la ampliación de la jornada tendrá como límite la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal (disposición adicional segunda RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial).

Por lo que se refiere a la jornada, la del trabajador que se jubila parcialmente queda en principio repartida o compartida entre el mismo y el contratado en relevo, y su distribución horaria podrá completar el tiempo dejado vacante por aquél simultanearse con su jornada (art. 12.7.b) ETT). Ahora bien, el contrato de relevo se concertará a jornada completa cuando se trate de relevar a trabajadores que acceden a la jubilación parcial con una reducción de jornada del 75 por ciento. Fuera de ese supuesto, la jornada del contrato de relevo será, como mínimo, la reducida por el jubilado y sustituido parcialmente, aunque pueda ser superior e incluso completa.

En el supuesto que el trabajador jubilado parcial solicite un incremento de la reducción de su jornada, ese exceso de jornada no cubierto por el mismo deberá sumarse a la jornada del trabajador en relevo (hasta el límite de la jornada

[62] STS de 14 de marzo de 2017, RJ\2017\1473.

[63] STSJ de Castilla-León –Valladolid-, de 20 de mayo de 2009.

a tiempo completo aplicable a ese trabajo); de no ser aceptada la ampliación por el relevista, la empresa deberá contratar con jornada reducida a otro trabajador en desempleo o con contrato temporal con la empresa, y de no ser así no podrá ampliarse la cuantía de la pensión de jubilación parcial (art. 12.2 RD 1131/2002).

A la extinción del contrato de relevo, corresponderá la percepción de la indemnización de doce días de salario por año de servicio, o parte proporcional, fijada en el apartado c) del artículo 49.1 ETT, ya que lo contrario sería «realizar una interpretación extensiva de una norma restrictiva de derechos», dado que el Estatuto de los Trabajadores solo exceptúa del pago de la indemnización de los contratos temporales a los contratos formativos y de interinidad[64].

5. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES

Para que la jubilación parcial sea posible (sentido último de la existencia del contrato de relevo), ya hemos indicado que se necesita el concurso del empresario. Pero el Ordenamiento no se limita a requerir el acuerdo empresarial (necesario en tanto que se trata de cuestiones que afectan a la organización de los recursos humanos de la empresa), sino que corresponsabiliza al empresario en que haya un efectivo relevo, hasta el punto de que su incumplimiento determinará unas responsabilidades empresariales.

Con carácter general, el artículo 12.7.a ETT fija la obligación de contratar a un relevista, para completar al menos, la jornada dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente.

De este modo, el objetivo es mantener cubierta esa parte de jornada, por lo que si durante la vigencia del contrato de relevo, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada. Estas nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo. La jornada pactada en los nuevos contratos será, como mínimo, igual a la que realizaba, en el momento de producirse la extinción, el trabajador cuyo contrato se ha extinguido.

En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese o, en su caso, la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido. Dicho plazo no es susceptible de interrupción, ni siquiera por la

[64] STS de 11 de marzo de 2010, RJ\2010\1481.

paralización de la actividad productiva de la empresa en período vacacional y su incumplimiento conlleva para la empresa la obligación de reintegrar al INSS la pensión de jubilación abonada desde el cese del relevista hasta la suscripción del nuevo contrato[65]. Se trata de una obligación de resultado, no de medios, de forma que la empresa no se ve exonerada de responsabilidad por el hecho de haber gestionado la contratación de los trabajadores sustitutos a través de la Oficina de Empleo. El TS deja claro que es así por el compromiso que el empresario adquiere en la jubilación parcial de uno de sus empleados es que al mismo tiempo haya de concertar el contrato de relevo, lo que evidencia una imperatividad que apunta a una obligación de resultado, siquiera su incumplimiento pueda en algún supuesto justificarse por la empresa, pero siempre bajo el presupuesto de haberse acreditado una diligencia adecuada a la premiosidad del mandato[66].

En principio, si el empresario incumple tales obligaciones, deberá abonar a la Entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada (disp. adic. 2.ª.4 RD 1131/2002). Ahora bien, el deber de reintegro por parte de la empresa de la pensión de jubilación parcial no procede en determinados supuestos en los que la jurisprudencia considera que la no contratación en los 15 días siguientes no es imputable al empresario, como serían los siguientes casos:

- Supuestos en los que la extinción del contrato del relevista se produce junto con la del contrato del trabajador jubilado parcial al amparo de un ERE[67].
- Supuesto de subrogación empresarial si el jubilado parcial se mantiene en la empresa originaria[68].

---

[65] STSJ del País Vasco, de 15 de noviembre de 2005.

[66] STS de 9 de febrero de 2010, RJ\2010\1435.

[67] El TS, en SSTS de 29 de mayo de 2008 (rec. 1900/07), de 23 de junio de 2008_(rec. 2930/07) y de 16 de septiembre de 2008_(rec. 3719/07), referidas todas a la misma empresa, se exonera a la empleadora de las responsabilidades derivadas del incumplimiento de la obligación de contratar nuevos relevistas. La exoneración del pago por parte de la empresa se funda en que se trataba de supuestos especiales, en los que la extinción de los contratos de trabajo no se produjo sólo en el caso del relevista y el relevado, sino que afectó a la totalidad de la plantilla de la empresa, que cerró al amparo de la correspondiente autorización administrativa dictada en el curso de un expediente de regulación de empleo y por las causas previstas en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , con lo que la exigencia de la obligación de contratar carecía en aquellos supuestos de virtualidad y se hacía inviable, así como la responsabilidad empresarial derivada de esa ausencia de contratación.

[68] Precisa el TS que «Si bien formalmente ha cesado el trabajador relevista en la empresa originaria, su adscripción a otra empresa por subrogación no impide el cumplimiento de la finalidad de la norma ni evita las posibles responsabilidades empresariales futuras, aunque con la mayor complejidad derivada de la necesaria interrelación empresarial al estar adscritos jubilado parcial y relevista a distintas empresas; y, sin perjuicio, en su caso, de que de cesar al relevista en la nueva empresa, la obligación de contratar pudiera volver a recaer sobre la empresa originaria, lo que ahora

- Supuestos de licencia por estudios no retribuida con la inmediata reincorporación tras su finalización[69].
- Supuestos en los que puede apreciarse fuerza mayor en la imposibilidad de sustituir al relevista en el plazo legal, entendiendo que se da dicha circunstancia cuando la concreta especialización del puesto dificulta la contratación[70].

Por el contrario, no se extingue la responsabilidad en caso de sustitución de un relevista que haya solicitado excedencia por cuidado de hijo, ya que el TS ha unificado doctrina en el sentido de que con un «un segundo relevista sustituto, el contrato de relevo podrá tener, en efecto, un carácter de interinidad derivado de que su duración dependerá del reingreso en la empresa del primer relevista sustituido, siempre que se produzca antes de alcanzar la edad de jubilación ordinaria, pues también se especificará en el segundo contrato el nombre del sustituido y la causa de sustitución; pero este carácter de interinidad se superpone -no se contrapone- a la naturaleza del contrato a tiempo parcial en la modalidad de "relevo", que, repetimos, busca mantener el nivel de empleo en la empresa como contrapartida a unas prestaciones de jubilación contributiva que en otro caso la entidad gestora no tendría la obligación de satisfacer. En otras palabras, la interinidad modula la duración del segundo contrato del relevista sustituto, pero no desvirtúa la naturaleza del contrato de relevo en cuanto a su objeto y finalidad»[71].

6. CONCLUSIONES

- El contrato de relevo es un contrato cuya existencia y régimen jurídico gira en torno a la jubilación parcial. No solo nace para posibilitar dicha modalidad de jubilación, sino que se establece una fuerte interconexión entre contrato de relevo y jubilación, que se plasma es aspectos como:
  - La denegación de la jubilación afecta a la pervivencia del contrato
  - El incumplimiento en la contratación del relevista incide en el derecho a la pensión de jubilación parcial

no se resuelve» (SSTS de 25 de enero de 2010, (Rec. 1245/09*)* 18 y 20 de mayo de 2010, Rec. 2165/09 y 3797/09).

[69] STSJ del País Vasco, de 7 de abril de 2009.

[70] STSJ de Castilla y León, de 20 de octubre de 2008.

[71] SSTS de 4 de octubre de 2010 (RJ\2010\7999), 7 de diciembre de 2010 (RJ\2011\1294), 28 de noviembre de 2011 (RJ\2012\1482).

- Pese a lo anterior, no puede hablarse de total interdependencia, como se comprueba con la introducción de la jubilación parcial a partir de la edad ordinaria, que no requiere un paralelo relevista; o que el contrato de relevo pueda ser indefinido, desplegando su vida más allá del relevo.
- El uso de esta modalidad contractual ha bajado considerablemente tras las reformas introducidas en 2007 y 2013. Estas medidas restrictivas han dado lugar a que lo que hasta ahora era un «actor secundario», haya pasado a ser un «extra» en el escenario de nuestra contratación laboral, representando tan solo el 0,08% del total.

EL CONTRATO DE TRABAJO A DISTANCIA

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. EL DEBATE SOBRE EL TRABAJO A DISTANCIA EN EL CONTEXTO DE LAS TRANSFORMACIONES PRODUCTIVAS (Y LOS NUEVOS PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN JURÍDICA).
2. EL RETO DE LA ORDENACIÓN NORMATIVA DEL TRABAJO A DISTANCIA EN ESPAÑA (DEL "TRABAJO A DOMICILIO" AL "TRABAJO A DISTANCIA").
3. RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO DEL TRABAJO A DISTANCIA: UNA REGULACIÓN INSUFICIENTE.
4. CONSIDERACIONES FINALES.

BIBLIOGRAFÍA.

1. EL DEBATE SOBRE EL TRABAJO A DISTANCIA EN EL CONTEXTO DE LAS TRANSFORMACIONES PRODUCTIVAS (Y LOS NUEVOS PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN JURÍDICA)

La nomenclatura "trabajo a distancia" (también denominado "teletrabajo" cuando se realiza a través de las posibilidades abiertas por las NTIC) se aplica al trabajo que se realiza en coordinación o conexión con una empresa o un centro de producción pero fuera de sus dependencias o instalaciones.

Constituye una forma de organización y ejecución del trabajo, así como un modo de "externalización" o descentralización de la producción respecto de los centros principales de actividad, con posibles ventajas desde el punto de vista de los costes (para la empresa y también para los trabajadores en términos de ahorro en los desplazamientos) o de la flexibilidad organizativa. Al mismo tiempo, son evidentes ciertos aspectos negativos que ocasionan recelos, respecto de las consecuencias sociales y laborales del teletrabajo, en relación, por un lado, con el aislamiento del trabajador, la gestión del tiempo de trabajo, las dificultades para su desarrollo profesional, o la desprotección de sus derechos laborales; y de otro lado, en relación con los obstáculos para el control y supervisión de los trabajadores por parte de la empresa y de los organismos públicos fiscalizadores, o bien los costes de formación –adicionales- que la empresa debe asumir.

Un aspecto delicado de las formas de trabajo a distancia es la cuestión de la implicación y el "arraigo" en la empresa como problema de gestión de los recursos humanos. De todos modos, la reflexión de fondo nos enfrenta a la dialéctica de cómo encontrar arraigo en formas organizativas y contractuales cada vez más precarias. El "sentimiento de pertenencia" o la implicación en los objetivos empresariales se ha visto muy debilitado por las propias políticas de "flexibilidad" o, en su versión actualizada, de "flexiseguridad". Es el debate de la dualización de los mercados internos de trabajo y la necesidad de un *core group* de trabajadores altamente cualificados para la viabilidad y éxito del proyecto empresarial.

Las diversas formas de trabajo que encajarían en la expresión "trabajo a distancia" vienen planteando una rica problemática jurídica, pues son modos de trabajo (como es el "teletrabajo") llamados a tener cada vez más importancia en las relaciones productivas. Por tanto, plantean un reto permanente de readaptación del propio "Derecho social del trabajo", en el contexto la utilización cada vez más intensiva de nuevas tecnologías de nuevas formas de organización del trabajo. Los fenómenos de la "economía colaborativa" y de la conocida como industria 4.0, con el dinamismo que les es característico, vienen a mostrar las mayores dificultades de las normas laborales tradicionales para pertrechar una protección adecuada –y equilibrada- a los nuevos modos de producción. Por lo

tanto, obliga a estar muy atentos perspectiva funcional (o de política jurídica) ante los cambios sociales, productivos y tecnológicos, como contextos en los que se desenvuelven las relaciones de trabajo en continua transformación. Además, permiten una transnacionalización de las relaciones de trabajo hasta ahora desconocidas, con los correlativos problemas de *dumping* social y la problemática de la determinación de la normativa aplicable a tales relaciones de trabajo. El trabajo a distancia (incluido el teletrabajo muy significativamente) transfronterizo supone un verdadero desafío para el cumplimiento de los estándares dignos de tutela de los trabajadores.

El trabajo a domicilio es una forma de trabajo antigua, sus orígenes se sitúan en la primera proto-industrialización[1] y todavía es muy utilizada en algunos sectores de la actividad manufacturera (juguetería, textil, montaje de objetos de uso doméstico, etc.), que se ha visto ampliada en los últimos tiempos a otros sectores por el uso de medios informáticos, electrónicos o de comunicación telemática.

En todo caso, debemos tener en cuenta que la implantación de tales formas de trabajo –aparte de su imposibilidad material o técnica en muchas actividades profesionales- no casa bien con nuestra "cultura laboral de lo presencial" frente a lo "virtual" y el cambio en los paradigmas productivos será algo que vaya penetrando progresivamente en la estructura productiva. Quizá sea eso –junto con nuestra estructura productiva y económica (basada todavía en buena parte en sectores ineludiblemente presenciales)- lo explique nuestro "retraso" la extensión de estas modernas forma de trabajo basadas sobre el uso intensivo de las nuevas tecnologías[2].

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, frente a lo que preconizan sus algunos de sus defensores, las modernas formas de trabajo a distancia no conlleva *per se* una "horizontalización" de los procesos decisorios en la empresa como parece presuponerse, no suponen en absoluto una mayor democratización de la organización productiva, y –como veremos- tampoco son la panacea para una gestión equilibrada de los tiempos de trabajo en relación a la conciliación de la vida laboral y familiar o personal.

---

[1] *Vid*. entre otras muchas obras clásicas, ASHTON, T. S.: *La revolución industrial*, FCE, México, 1973; THOMSON, E. P.: *La formación de la clase obrera en Inglaterra*, t. I, Crítica, Barcelona, 1989, págs. 251 y sigs.; HOBSBAWN, E. J.: *La era del capitalismo (1848-1875)*, Labor, Barcelona, 1989, págs. 204 y sigs.

[2] Para la comprensión de estos fenómenos todavía resulta imprescindible la obra de CASTELLS, M.: *La era de la información*, especialmente el volumen 1. *La sociedad red*, Alianza Editorial, Barcelona, 1997, especialmente el Capítulo 4 sobre la transformación del trabajo y del empleo, y la parte del "proceso de trabajo en el paradigma informacional".

Desde un punto de vista jurídico, el trabajo a distancia –en sus distintas variantes, sea teletrabajo o simplemente el dato de que el trabajo se realice a distancia y no en centros de trabajo de un empleador- puede ser un elemento que dificulte la propia calificación jurídica de la relación. Un *prius* conceptual es la diferencia del trabajo a distancia (en sus diversas variantes) del trabajo cuenta ajena, esto es, del trabajo autónomo en las cada vez más complejas relaciones de trabajo deslocalizadas y con un vínculo tecnológico. Se trata de situaciones que están planteando agudos problemas de calificación jurídica. En este sentido, es de suma importancia en las operaciones interpretativas sobre la calificación jurídica de la propia relación el mismo elemento locativo de la prestación profesional, que en sí puede ser un indicio de extralaboralidad, junto con la mayor o menor autonomía en el desarrollo de la prestación de servicio, la titularidad de los medios informáticos de producción, la eventual sustitución del trabajador, la delimitación de la propia prestación de servicios: tiempo de trabajo, tipo de horarios, exclusividad, etc.

En este sentido, también el trabajo a distancia puede ser una forma de trabajo de los profesionales libres o autónomos, aunque también puede tener régimen laboral, dependiendo de las circunstancias y términos en que se ajuste y realice el trabajo. Para la existencia de relación laboral es preciso que concurran las notas de ajenidad, subordinación y retribución (añadidas por supuesto a la voluntariedad). Aunque a veces pueden jugar como *indicios*, no son datos o hechos estrictamente determinantes para esa calificación ni la propiedad de los útiles de trabajo, ni la prestación de servicios para varias empresas, ni la regularidad temporal del trabajo, ni la forma de remuneración. Para que se trate de trabajo asalariado se requiere que el empresario mantenga poderes de vigilancia y control, aunque adaptados a las características de este trabajo[3].

Las nuevas formas de trabajo en el marco de la mal denominada "economía colaborativa" (o también la llamada industria 4.0) pueden encubrir verdaderas relaciones laborales encubiertas bajo fórmulas contractuales mercantiles, y canalizadas a través de las nuevas tecnologías y de las plataformas de prestaciones de servicios, lo que encajaría en la figura del trabajo a distancia. La producción colaborativa no es una simple cuestión de individuos o profesionales trabajando de forma adhocrática en "red difusa", sino que grandes corporaciones industriales están incorporando o han entrado en la producción colaborativa –como estrategia de *outsourcing*- por diversos tipos de motivos, como la facilidad la subcontratación externa multitudinaria ("crowd-based resources"). En esencia, consiste en la sustitución de empleados internos por individuos subcontratados para cada tarea, fundamentalmente trabajadores especializados, pero también artesanos, inven-

[3] *Vid*. GAETA, L.: *Lavoro a distanza e subordinazione*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1993.

tores, o personal de staff, mantenimiento o marketing. Un futuro donde trabajadores autónomos (*freelancers*) ofrecen su talento y servicios en las plataformas de producción (*marketplaces*), para ser contratados por las organizaciones. Este sistema elimina las consideradas "capas improductivas" administrativas en la gestión laboral, además del ajuste de costes a sus términos variables y la posibilidad de contratar profesionales talentosos de cualquier parte del mundo. También de especial interés son las plataformas que ofrecen servicios profesionales (como son los casos significativos de Uber y Cabify) que plantean problemas relativos a la calificación de tales relaciones profesionales.

Asistimos, pues, también a nuevos modelos de "intermediación laboral" que se sitúan *ad limine* de la tradicional relación laboral (o incluso de la diferencia entre lo que es un trabajo profesional de lo que es una mera actividad ocasional). Además, acentuando extraordinariamente la eficiencia y precisión con la que –por medio de complejos algoritmos que estiman flujos, necesidades y volúmenes de manera casi instantánea– la tecnología lee e interpreta los ciclos de oferta-demanda. Pero también las características del servicio prestado, satisfacción del cliente, etc., por tanto, acentuando en algunos aspectos el control del que trabaja (índice típico de dependencia). En un contexto de crisis de empleo –fruto de la caída de la economía industrial-, sus precursores los muestran como "modelos de trabajo" autónomo, en los que el profesional podrá proveer bienes y servicios sin depender de un empleador, aunque lo cierto es que las plataformas condicionan y controlan sobremanera las condiciones de la propia actividad profesional (además de obtener un lucro mercantil –una "plus-valía"- por la intermediación). Por lo tanto, en algunos casos las plataformas se han convertido en grandes multinacionales y deberían asumir su responsabilidad más allá del simple intermediario y garantizar los derechos de los trabajadores. En la calificación jurídica habrán de tenerse en cuenta elementos como la relación de subordinación a la plataforma, la naturaleza del trabajo o la remuneración. Para la Comisión Europea, la "economía colaborativa" se define como "modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares". La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes: i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional ("pares") o prestadores de servicios que actúen a título profesional ("prestadores de servicios profesionales"); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos ("plataformas colaborativas")[4].

[4] Comunicación de la Comisión Europea: *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, COM(2016) 356 final, Bruselas, 2 de junio de 2016.

En todo caso, se trata de nuevas actividades profesionales –o de nuevos "modos de realizarlas"- que escapan a los tradicionales esquemas regulatorios del trabajo profesional. Existe el riesgo cierto de que se aprovechen las zonas grises reglamentarias para eludir normas diseñadas para proteger el interés público que subyace a la normativa laboral. Aunque se trate de un modelo participativo que procure ingresos económicos a segmentos de población con dificultades de acceso al empleo ordinario, no pueden quedar fuera de la tutela de la tutela laboral (en sus vertientes individual y colectiva). Por lo tanto, se trata de eliminar la incertidumbres que plantea la aplicación del marco regulatorio laboral a estas nuevas realidades productivas. Una característica específica de la economía colaborativa es que los prestadores de servicios son a menudo particulares que ofrecen activos o servicios entre pares de manera ocasional. Téngase presente que un número cada vez mayor de microempresas y pequeñas empresas utilizan las plataformas colaborativas y que la legislación de la Unión Europea no establece expresamente cuándo un par se convierte en un prestador de servicios profesional en la economía colaborativa. Por tanto, los problemas de calificación jurídica –a efectos de determinar el régimen jurídico-preventivo aplicable- son muy agudos. Especialmente teniendo en cuenta que las modalidades de trabajo en el contexto de la economía colaborativa se basan a menudo en tareas individuales realizadas de manera *ad hoc*, más que en tareas realizadas regularmente en un entorno organizativo concreto y un marco temporal preestablecidos. Precisamente, se ha puesto de manifiesto por el Parlamento Europeo la dificultad real para delimitar en muchas ocasiones la diferencia entre una plataforma tecnológica y una empresa de trabajo temporal (las relaciones son triangulares en ambos casos)[5].

2. EL RETO DE LA ORDENACIÓN NORMATIVA DEL TRABAJO A DISTANCIA EN ESPAÑA (DEL "TRABAJO A DOMICILIO" AL "TRABAJO A DISTANCIA")

2.1. El imperfecto tránsito legislativo

Con el uso intensivo de las NTIC y el favor empresarial por formas de organización laboral más descentralizadas y con menores costes –o más repartidos- las posibilidades de realizar el trabajo fuera de los centros de trabajo, sea o no en el propio domicilio, se han ido ampliando. El "teletrabajo" se abordó –a nivel del diálogo social europeo- a través del Acuerdo Marco Europeo, de 16 de julio de 2002, que alcanzaron las organizaciones sindicales y empresariales de ámbito europeo (CES, UNICE-UEAPME y CEEP) (en adelante, AMET). Este Acuerdo

[5] Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, P8_TA-PROV(2017)0271.

establece un marco general a escala europea para las condiciones laborales de los teletrabajadores, de modo que puedan convivir las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores. El Acuerdo otorga a estos últimos la misma protección global que a los trabajadores que ejercen sus actividades en los locales de la empresa.

Son sobradamente conocidas las dificultades en relación a la naturaleza y eficacia de este tipo de acuerdos, pero el AMET se inscribe en el proceso de diálogo social impulsado por el derecho comunitario (art. 155 TFUE), tiene carácter autónomo, en el sentido de que no se produce en el marco del doble procedimiento de consulta para la elaboración de propuestas de armonización de las legislaciones sociales, y se dirige a los interlocutores sociales de los Estados miembros con vistas a su incorporación en los procesos de negociación colectiva. El mismo contiene directrices mínimas y básicas para su regulación a escala nacional, por vía legal o vía convencional, y hace especial hincapié en la necesidad de que esta forma de trabajo sea aceptada voluntariamente por el trabajador y no impuesta por la empresa, así como incide en la preservación del principio de igualdad y no discriminación respecto de los trabajadores ordinarios. Aunque se viene considerando que los acuerdos marco europeos tendrían naturaleza obligacional y no normativa, lo cierto es que van más allá de ser meros "pactos entre caballeros". Ciertamente, no tienen una infra-estructura jurídica que resuelva los problemas de legitimación, eficacia jurídica, implementación, etc., pero, cuando menos, serían encuadrables en la amplia categoría del *soft law* comunitario (que actuaría como Derecho complementario de la Unión), con una clara funcionalidad interpretativa en la *praxi*s judicial.

El AMET define el teletrabajo como una forma de organización y de realización del trabajo que utiliza las tecnologías de la información en el marco de un contrato de trabajo o una relación de trabajo para efectuar tareas que podrían ser efectuadas igualmente en los locales de la empresa. Afirma el carácter voluntario del teletrabajo, extiende a quien realiza ese trabajo los derechos reconocidos en general a los trabajadores (incluidos los de formación y carrera profesional, así como los derechos colectivos), establece garantías para la protección de los datos personales y la vida privada del trabajador, impone al empresario deberes y responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo, establece diversas pautas sobre equipamientos (que como regla general corresponden al empresario) y organización del trabajo (con la precisión de que es competencia del trabajador la organización de su tiempo de trabajo). El texto del AMET se incorpora en la negociación colectiva española a través del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003.

Todavía son muy pocos los convenios colectivos –sectoriales y de empresa- que han incorporado previsiones sobre el teletrabajo. Esta nueva forma de

organización y ejecución del trabajo conoce diferentes modalidades (teletrabajo a domicilio, trabajo en telecentros, teletrabajadores móviles o itinerantes) que eran difícilmente reconducibles a la modalidad tradicional del trabajo a domicilio. En esta dirección, la STS de 11 de abril 2005 (RJ 2005\4060) distinguía tres modalidades de trabajo conexas pero diferenciadas: "contrato de trabajo a domicilio" (el que se presta en el domicilio habitual del trabajador); el "contrato de trabajo a distancia" (el que se presta de forma predominante fuera del centro de trabajo ordinario, sea o no en el domicilio habitual); el "contrato de teletrabajo" (el que se presta fuera del lugar ordinario laboral mediante la utilización intensiva de las NTIC).

La legislación española había incluido, desde las primeras décadas del siglo pasado, algunas previsiones sobre el *contrato de trabajo a domicilio*. El contrato de trabajo a domicilio tenía hondas raíces en nuestra legislación laboral histórica y, si en la Ley de Contratos de Trabajo de 1944 (arts. 114-121) se regulaba como una modalidad contractual, en la Ley de Relaciones laborales de 1976 [art. 3.1 b)] incluso se configuraba como una relación laboral especial. Ya con la LET de 1980 deja de tener tal consideración y se configura como una mera modalidad contractual ordinaria. Tras la reforma introducida por el Real Decreto-ley 3/2012 (vigente desde 12 de febrero de 2012), convalidado por la Ley 3/2012, esa tradicional fórmula contractual se ha reconvertido –en el nuevo régimen del art. 13 LET- en el *contrato de trabajo a distancia*, más adaptado, tanto en su denominación como en su régimen jurídico, al concepto de teletrabajo, aunque sin identificarse plenamente con el mismo, lo que no deja sino una situación insatisfactoria, por desregular el clásico paradigma productivo del "trabajo a domicilio" y tampoco atender adecuadamente al moderno teletrabajo.

El anterior contrato a domicilio se singularizaba por dos elementos: que la realización de la prestación laboral se realizaba "en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste"; y además por la ausencia de un control específico del empleador, al desarrollarse "sin la vigilancia del empresario", aunque siembre bajo su poder de dirección, lo que no implica la inexistencia de la nota de dependencia [SsTS 17 de mayo y 12 de septiembre de 1988 (RJ 1988\4238 y RJ 1988\6870)], pues en otro caso sería relación civil.

El contrato de trabajo "a domicilio" era considerado como auténtico contrato de trabajo, siempre que concurrieran las notas típicas de ajenidad, remuneración y ejecución del trabajo dentro del "ámbito de organización y dirección" de la empresa, aunque sobre este último aspecto pueda tener alguna influencia el lugar de trabajo [STSJ Cataluña 9 de noviembre de 1992 (AS 1992\5500)]. Desvirtúa la calificación de contrato de trabajo a domicilio la posibilidad de sustitución del trabajador y la colaboración de otras personas en su actividad [STS 12 de septiembre de 1988 (RJ 1988\6870)]. Tampoco lo es el trabajo no sometido a horario, jornada ni a disciplina laboral y retribuido en forma variable en función

del resultado del trabajo [STS 17 de mayo de 1988 (RJ 1988\4238)]. No hay relación laboral cuando falta una individualización personal del trabajo (el carácter personalísimo de la labor), varían los encargos, no se ha pactado un mínimo de prendas a confeccionar y el material de trabajo lo aporta la propia trabajadora [STSJ Cataluña 1 de septiembre de 1994 (AS 1994\3467); STSJ Andalucía de 5 de septiembre de 1995 (AS 1995\3397)].

Existe relación laboral a domicilio cuando el trabajador "no pone en juego infraestructura empresarial de ningún tipo; carece de facultades para fijar el precio de su trabajo y ni tan siquiera paga los materiales que utiliza", aunque el contrato a domicilio "permite una cierta autonomía en el modo de realizar la prestación de servicios, pero que no hace desaparecer las notas que caracterizan toda relación laboral" [STSJ Cataluña de 1 de abril de 1997 (AS 1997\2001)]. No obsta a la existencia de un contrato de trabajo a domicilio el alta en Licencia Fiscal, la afiliación al RETA ni la facturación con IVA, o que a la trabajadora no se le abonaran piezas defectuosas que no superaran el control de calidad, pues "lo cierto es que la prestación de servicios se llevó a cabo de forma directa y personal bajo instrucciones directas de la empresa, aun fuera de su vigilancia, que son las circunstancias definidoras del contrato de trabajo a domicilio" [STSJ Cataluña de 12 de noviembre de 1994 (AS 1994\4368)]. No "desvirtúa el carácter personalísimo de la prestación de servicios el que de modo esporádico y aislado fuera auxiliada por su suegra o su marido, toda vez que la práctica totalidad de las tareas que constituían la actividad por cuenta ajena, remuneradas por la empresa demandada eran desarrolladas exclusivamente por la actora" [STSJ Cataluña de 9 de noviembre de 1992 (AS 1992\5500)].

En el caso del teletrabajo, la doctrina judicial precedente al nuevo marco normativo se había considerado como indicio de subordinación el hecho de que el empresario fuese propietario del programa de ordenador utilizado en el trabajo [STSJ Baleares de 30 de mayo de 1995 (AS 1995\1790)], así como indicio de autonomía que el trabajador pueda elegir el programa aplicable a su actividad [STS de 22 de abril 1996 (RJ 1996\3334)]; admitiéndose no ser indispensable –para la calificación laboral de la relación- que la jornada se desarrolle en el centro de trabajo cuando la tecnología permite trabajar en el domicilio del trabajador mediante las conexiones informáticas necesarias [STSJ Asturias de 14 de abril de 2000 (AS 2000\1003)]. No existe libertad de actuación profesional cuando se siguen estrictas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado, verificado a través de un programa informático confeccionado por la empresa, y existe un ulterior control sobre dicho trabajo, penalizando el retraso en su entrega. A la misma conclusión conducen la asignación de zonas geográficas, la necesidad de que los trabajos se realicen personalmente y queden en propiedad de la empresa los datos, sin que quepa disponer de ellos a favor de otras [STS de 22 de abril de 1996 (RJ 1996\3334)].

El teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio y es compatible con las facultades de vigilancia del empresario, aunque con la posibilidad de que se ejerzan a través de las tecnologías informáticas no siempre son equiparables a la vigilancia tradicional [STS de 11 de abril 2005 (RJ 2005\4060)], pero sin que ello desvirtúe la nota de dependencia.

El régimen jurídico estatal se concentra en el art. 13 LET, al que han de añadirse algunas otras referencias legales o reglamentarias (como las reglas sobre forma del contrato del art. 8.2 LET. Además, la regulación del contrato de trabajo a domicilio cuenta también con algunas precisiones en el ámbito de la contratación de discapacitados por parte de centros especiales de empleo, en concreto, la prohibición de esa forma de trabajo para personas con discapacidad psíquica, y respecto de los trabadores con otro tipo de discapacidad se establece un mayor nivel de exigencias como las garantías de informe previo y seguimiento periódico a cargo del correspondiente equipo multiprofesional, así como consignación en el contrato de las adaptaciones técnicas y de los servicios de ajuste personal y social necesarios para el desarrollo del trabajo (art. 7.3 RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo). En todo caso, aquí surge una problemática interpretativa en relación si la prohibición de contratación por los Centros Especiales con "contrato de trabajo a domicilio" sería extrapolable a todo tipo de "trabajo a distancia". Tengo mis dudas y quizá debiera ser objeto de una interpretación correctora no excluyente del teletrabajo, dado que el paradigma productivo sobre el que giraba al antiguo art. 13 LET era la sociedad industrial y no la (informatizada) "post-industrial", y debiera hacerse una interpretación "evolutiva" y "sociológica" correctora del alcance de la exclusión y en pro de la utilización más amplia posible de las distintas modalidades contractuales para este colectivo que facilite sus posibilidades de inclusión socio-laboral.

El vigente *contrato de trabajo a distancia* se distingue del contrato de trabajo ordinario por el lugar en el que se desarrolla el trabajo. Se caracteriza, concretamente, como reza en el art. 13.1 LET, por el hecho de que la prestación laboral se realiza "*de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa*".

El elemento locativo será determinante para especificar el centro de adscripción del trabajador, necesario, además, *v. gr*. para formalizar la relación jurídica de Seguridad Social, la implantación de medidas preventivas, determinar el tipo de representación laboral en función del volumen de plantilla, acceder a los programas autonómicos de fomento del empleo, etc.

Al emplear la expresión "preponderantemente" sigue siendo posible que se prevean también tiempos de trabajo presencial en los centros de trabajo de la empresa, sin que ello obste a su consideración como trabajo "a distancia". Por lo tanto, el trabajo a distancia podrá tener carácter completo o parcial, en función de lo acordado, siempre que de manera preponderante se desarrolle a distancia la actividad laboral. En la práctica, son bastante frecuentes las hipótesis en las cuales los teletrabajadores tienen también algunas jornadas o tiempos de trabajo presencial en locales o instalaciones de la empleadora. Por lo tanto, era –y es- posible que el trabajo a domicilio *mixto*, cuando se compatibilice de manera parcial con trabajo en los locales de la empresa [cfr. STSJ Castilla y León de 29 de octubre de 1992 (AS 1992\4790)]. En tal caso, habrá de determinarse –mediante la negociación colectiva o por acuerdo individual- la proporción de la jornada que podrá ser prestada en la modalidad de teletrabajo y la proporción que obligatoriamente tendrá carácter presencial.

En todo caso, interesa destacar que el nuevo art. 13.1 LET, cuando define esta modalidad contractual, no hace ninguna referencia al papel de las TIC, ni tampoco a la posibilidad de que el telecentro de trabajo sea elegido por el empresario. Por lo tanto, parece claro que tampoco esta nueva regulación contempla propiamente los contratos de teletrabajo, sino tan solo una parte de ellos.

Aunque la regulación vigente –en buena lógica y a diferencia de la anterior– no hace mención a este aspecto concreto, en el trabajo a distancia es prácticamente inevitable que adquiera rasgos singulares el poder de control y vigilancia del empresario, que tradicionalmente se ha considerado que pudiera estar más atenuado por razón del lugar de trabajo. En todo caso, ni siquiera en el trabajo a domicilio llegaba a suprimirse ese control –aunque sí a atenuarse significativamente-, pues en todo caso, el trabajador a domicilio estaba vinculado por controles como los materiales utilizables, fecha y lugar de entrega de la producción, reglas a que debía ajustarse el trabajo a realizar, etc. Los matices sobre la atenuación del poder de control y vigilancia empresarial podían predicarse del tradicional trabajo a domicilio, pero desde luego que no sucede igual con las formas de teletrabajo, donde las posibilidades de vigilancia y control puede ser constante -y de extremada intensidad minuciosidad- si se utilizan medios de telecomunicación *on line* entre trabajador y empresa y en donde la tecnología digital permite recabar un conjunto amplísimo de datos relativos al desarrollo laboral del trabajador[6]. Precisamente, uno de los retos actuales del Derecho del Trabajo es alcanzar un difícil equilibrio entre el ejercicios de los poderes de vigilancia y control empresarial mediante las nuevas tecnologías y los derechos fundamentales a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, etc. Por tanto, no es de extrañar que se haya considerado un

[6] En realidad, forma parte de un fenómeno post-panóptico de alcance mucho más amplio, *vid.* Bauman, Z.: *Vigilancia líquida*, Paidós, Barcelona, 2015.

signo de dependencia la circunstancia de que la empresa tuviera la facultad de imponer y modificar el programa informático al que quedaba sujeto un teletrabajador [STS 22 de abril de 1996 (RJ 1996/3334)].

En todo caso, al margen de la mayor o menor autonomía en la ejecución de la prestación de servicios, el contrato de trabajo a distancia requiere la nota de subordinación o dependencia funcional del trabajador respecto de la empresa, su integración en el círculo decisorio y organizativo empresarial (pues de lo contrario se trataría de una forma de trabajo autónomo), aunque el trabajador tenga –al menos sobre la teoría- mayores márgenes de auto-organización y disposición sobre su tiempo de trabajo.

La mayor crítica de "política legislativa" en esta transición normativa del trabajo a domicilio –prototípico en la manufactura- hacia el trabajo a distancia (teletrabajo), es el de no tener presente que se trata de dos realidades organizativas y productivas diferentes, pero ambas necesitadas de regulación. Es poco comprensible que el legislador reformista de 2012 arrumbase sin más la regulación anterior, que sí se adecuaba a una realidad productiva concreta. Este "exceso de modernidad" del legislador olvida que los modos de producción no se desplazan unos por otros de manera drástica, sino que conviven durante largos períodos históricos –con relevancia desigual, eso sí- y requieren de una tutela heterónomo-estatal que ahora ha desaparecido prácticamente para el más clásico tipo de trabajo a distancia (que no ha desaparecido de la realidad productiva española).

La fórmula del teletrabajo puede utilizarse tanto en el ámbito privado como en el empleo público, aunque en este segundo contexto requiere las oportunas previsiones legales y reglamentarias (apoyadas en su caso por convenios o acuerdos colectivos) para su implantación. La Orden APU/1981/2006, de 21 junio de 2006, contiene las pautas para la implantación de programas especiales de teletrabajo en el ámbito de la Administración del Estado, especialmente con fines de conciliación de la vida laboral, familiar y personal de los empleados públicos. Los programas piloto de teletrabajo creados fueron influidos por los objetivos del Plan Concilia, en virtud del cual el Ministerio de Administraciones Públicas desarrolló satisfactoriamente un Plan Piloto para la Aplicación de Técnicas de Teletrabajo para los empleados públicos. En este contexto, se ha publicado el Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado. Asimismo, un buen número de Comunidades Autónomas han aprobado normas para organizar y facilitar el trabajo a distancia de sus empleados públicos, bien de forma experimental o como programa piloto, o bien con carácter estable[7].

[7] Como sucede, *v. gr*. en las siguientes CCAA: Castilla-La Mancha (Decreto 57/2013, de 12 de agosto); Castilla y León (Decreto 9/2001, de 17 de marzo); Comunidad Valenciana (Decreto

2.2. El papel de la negociación colectiva

Por motivos de seguridad jurídica, no se comparte la opinión que afirma que la mejor regulación del teletrabajo es la más flexible, la menos protocolizada y menos regularizada[8]. Ciertamente, la negociación colectiva ha de ser el instrumento que conjugue las exigencias de flexibilidad con la seguridad jurídica también muy necesaria en este tipo de relaciones de trabajo. Conviene diferenciar entre adaptabilidad y desregulación. En nuestro ordenamiento jurídico interno, los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva (desde 2003 hasta 2008) y los sucesivos Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva (desde 2010 a 2014) y el actualmente vigente III Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2015-2017 (punto 4) coinciden en la relevancia de los convenios colectivos como elementos instrumentales que favorecerán el avance en la regulación del teletrabajo, en concreto, respecto a las modificaciones en la organización del trabajo derivadas de procesos de innovación y de cambios tecnológicos.

Lo cierto es que todavía la negociación colectiva tiene mucho recorrido en esta materia. Frente a este infradesarrollo convencional, los convenios colectivos deberían –dado lo parco del régimen legal y a la vista de los amplios vacíos de regulación sobre cuestiones centrales de esta modalidad de contrato de trabajo- aportar reglas complementarias o bien precisar ciertos aspectos necesitados de concreción.

Este es un fenómeno convencional creciente, normalmente pensado para que tenga un desarrollo progresivo en la empresa y que se vincula con las medidas conciliación de la vida laboral, familiar y personal, pero también posibilitar ahorro de tiempos, costes y desplazamientos a la persona que teletrabaja, todo ello sin merma de productividad en el desarrollo de su puesto de trabajo. Incluyen cláusulas sobre teletrabajo tanto convenios colectivos sectoriales[9] como convenios colectivos de empresa o grupo de empresa[10]. Los contenidos convencionales,

82/2016, de 8 de julio); Extremadura (Decreto 127/2012, de 6 de julio); Islas Baleares (Decreto 36/2013, de 28 de junio); La Rioja (Decreto 45/2013, de 5 de diciembre); País Vasco (Decreto 92/2012, de 29 de mayo); Aragón (Instrucción DGFPCS, de 6 de agosto de 2014); Galicia (Orden de 20 de diciembre de 2013); Murcia (Orden de 3 de octubre de 2016).

[8] Cfr. el Informe: *El Libro Blanco del teletrabajo en España. Del trabajo a domicilio a los e-workers. Un recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo remoto*, junio de 2012.

[9] *Vid*. art. 10 *bis* del XVIII Convenio Colectivo general de la Industria Química (BOE n. 198, 19 de agosto de 2015); art. 15 Convenio Colectivo estatal de perfumería y afines (BOE n. 16, 19 de enero de 2016).

[10] *V. gr*. *vid*. art. 19 VIII Acuerdo marco del Grupo Repsol (BOE n. 194, 12 de agosto de 2016); art. 63 VI Convenio colectivo de Telefónica Móviles España, SAU (BOE n. 146, 17 de junio

en clave "propositiva", pueden avanzar soluciones para los vacíos y carencias del marco normativo legal (en especial, en relación a cuestiones como el reparto de gastos derivados del desarrollo de la prestación de servicios bajo esta modalidad; las cuestiones relativas al control y vigilancia de la actividad laboral; cumplimiento de los horarios pactados, etc.). Algunos de los convenios colectivos que inciden sobre la materia simplemente se refieren genéricamente al AME, otros reiteran sus contenidos y los declaran aplicables en la correspondiente unidad de negociación, siendo pocos los convenios que realmente regulan peculiaridades y complementan adecuadamente los vacíos normativos.

Al margen de ello, hay que tener en cuenta que muchas "experiencias de teletrabajo" (las denominadas "buenas prácticas") implantadas por las empresas no necesariamente se integran en la negociación colectiva, y esta es una suerte de análisis que también tiene una relevancia extraordinaria sobre el propio plano normativo. En todo caso, conviene subrayar que es más coherente con nuestro modelo de relaciones laborales, y con el papel –constitucional y legal- que tiene asignada la negociación colectiva, que tales fórmulas se pactaran en la negociación colectiva y no integrasen exclusivamente las políticas unilaterales de gestión del personal en la empresa.

No conviene perder de vista el papel que pueda estar teniendo la autonomía individual en la implantación de este tipo de trabajo en las empresas, con los riesgos correlativos para la tutela de los derechos de los trabajadores cuando sean una individualización "patológica" y supongan una rebaja de los estándares normativos legales o convencionales aplicables a una relación de trabajo. Resulta inquietante el escaso relieve de la materia en la negociación colectiva mientras que, según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), el 27% de las empresas españolas permiten el teletrabajo.

3. RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO DEL TRABAJO A DISTANCIA: UNA REGULACIÓN INSUFICIENTE

3.1. El *status* jurídico-individual del trabajador a distancia

Por lo que respecta al régimen jurídico en la perspectiva de contenido de derechos y obligaciones de esta modalidad contractual, la vigente regulación es bastante parca y, si bien hace mención especial a algunas condiciones de trabajo

de 2013) y el Acuerdo marco de teletrabajo de su Comisión Permanente de Negociación (de 13 de mayo de 2010); Acuerdo colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el banco BBVA en régimen de teletrabajo, Madrid, 27 de Julio de 2011; art. 13 Convenio Colectivo del Grupo Axa (BOE n. 244, 10 de octubre de 2017).

–salarios, seguridad y salud, defensa de los intereses colectivos-, lo cierto es que no va más allá de recordar que los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa.

El contrato de trabajo a distancia debe celebrarse por escrito (art. 13.2 LET, en relación con el art. 8.2 LET), sin que ahora se exija expresamente que "conste el lugar en que se realice la prestación laboral", lo que induce a una cierta inseguridad jurídica (especialmente de cara a las exigencias derivadas de la prevención de riesgos laborales). La exigencia de formalización escrita es la de que quede constancia documental tanto de la existencia del contrato como del lugar de la prestación de servicios, con el objeto de que la Administración laboral pueda controlar el cumplimiento de las normas laborales y, muy significadamente, las de seguridad y salud en el trabajo. Tanto si el acuerdo se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior, le serán de aplicación las reglas contenidas para la copia básica del contrato de trabajo (art. 8.3 LET). La falta de forma escrita no afecta en absoluto a la validez del contrato, aunque puede constituir infracción administrativa del empresario (art. 7.1 LISOS), y además puede conllevar los efectos jurídicos derivados de la presunción del art. 8.2 LET: el contrato se presume indefinido y a tiempo completo (aunque la presunción ya pierde todo carácter sancionador cuando la relación ya reúna tales caracteres), salvo prueba en contrario cuya carga recaería sobre el empleador.

El contrato de trabajo a distancia puede celebrarse *ex novo* bajo esta modalidad o bien a partir de un contrato de trabajo ordinario (como se prevé expresamente por el art. 13.2 LET; en ambos casos le serán de aplicación las reglas contenidas en el artículo 8.4 para la copia básica del contrato de trabajo), e incluso puede incluir la posibilidad de que algunas tareas se realicen en los locales de la empresa siempre que la parte "preponderante" del cometido asumido por el trabajador se ejecute "a distancia" (art. 13.1 LET). Su objeto debe estar referido en todo caso a tareas que puedan tener "desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa" y que se realizan a distancia "de modo alternativo" a esa otra posibilidad (art. 13.1 LET).

El trabajo a distancia debe ser en todo caso asumido voluntariamente por el trabajador (principio de "voluntariedad"). Sin tal consentimiento, no puede venir impuesto ni por acuerdo colectivo ni por decisión unilateral del empresario, ni siquiera por vía de modificación sustancial de las condiciones de trabajo *ex* art. 41 LET [cfr. para el trabajo a domicilio, la STS 11 de abril de 2005 (RJ 2005\4060)]. Un aspecto que quedaría a la ordenación convencional es la posible reversibilidad de esta modalidad de organización laboral, y sus condiciones para pasar de la presencia virtual a la de presencia física en el centro de trabajo. Al respecto, el marco legal solamente establece un derecho de información del trabajador a distancia sobre los puestos de trabajo presenciales disponibles en la empresa.

Una cuestión que debería tener un marco de reglas claro es lo que denomina el período de prueba "impropio", el establecido cuando el trabajador con contrato ordinario pasa a ser un trabajador a distancia, al objeto de que trabajador y empresario comprueben la adaptación a esta modalidad contractual. Cuestión que debería integrarse el análisis del abuso de derecho empresarial en el establecimiento y dinámica de esta condición resolutoria -no del contrato, pero sí de esta modalidad prestacional-; así como los criterios de selección de los trabajadores que pasarán a desempeñar su trabajo bajo esta modalidad contractual. De momento, es la negociación colectiva la llamada a integrar estos vacíos de regulación.

El empresario debe cumplir las obligaciones de comunicación establecidas con carácter general, como la entrega de copia básica del contrato a los representantes de los trabajadores y a la correspondiente oficina de empleo (art. 13.2 LET, en relación con el art. 8 –apartados 3 y 4- LET) y el deber de información por escrito al trabajador de los elementos esenciales del contrato y las principales. El incumplimiento de estas obligaciones está tipificado como sanción leve (art. 6.4 LISOS).

El uso de medios telemáticos para cumplimentar las obligaciones de comunicación del contenido de los contratos y entrega de su copia básica está regulado por RD 1424/2002, de 27 de diciembre, por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo, y el uso de medios telemáticos en relación con aquélla; desarrollado por la Orden TAS/770/2003, de 14 de marzo (modificada Orden ESS/1727/2013, de 17 de septiembre).

Las condiciones de trabajo de los trabajadores a distancia serán las establecidas con carácter general en las normas legales y reglamentarias, las dispuestas en convenio colectivo (con carácter específico para dicha forma de trabajo o, en su defecto, con carácter general para todo trabajo), y las pactadas por las partes.

Como regla general, los trabajadores a distancia tienen igualdad de derechos en relación con los trabajadores que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, "*salvo aquéllos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial*" (art. 13.3 LET). Cláusula de excepción que –en confrontación con el principio de igualdad- habrá de interpretarse con carácter restrictivo.

Un aspecto de interés, que no resuelve con claridad el marco legislativo, es la atribución de los costes del equipamiento técnico (equipo informático básico y su mantenimiento) y estructural (coste de la conexión, solución de incidencias por un servicio de asistencia técnica). Asimismo, cobra especial relevancia, cuando se trate de teletrabajo, el establecimiento de una política empresarial sobre la utilización de los medios electrónicos.

Cuando la prestación se preste mediante NTIC, lo lógico es que se acuerden los períodos mínimos de interconexión, así como las fórmulas de control empresarial del cumplimiento horario, con medios que permitan, al mismo tiempo, la protección del derecho a la intimidad y a la vida privada de este tipo de trabajador.

Sobre el abono de horas extraordinarias en esta modalidad contractual la doctrina judicial [STSJ Castilla y León 3 de febrero de 2016 (AS 2016\99)] ha establecido que, en el caso del trabajo desarrollado con conexión a internet, la empresa debe establecer pautas sobre tiempo de trabajo e instrumentos de control de la actividad del trabajador, cuyo rechazo por parte de este o su incumplimiento conllevará que la empresa quede exonerada del pago de las correspondientes horas y de su cómputo como trabajo efectivo. Pero en ausencia de esas pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de control no puede admitirse tal exoneración, que sería equivalente a crear un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia y en el domicilio; asimismo establece que el control del ejercicio laboral a distancia mediante la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red no supone invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio.

En todo caso, las dificultades para el control del tiempo de trabajo, acrecentadas por las nuevas reglas de ordenación flexible del tiempo de trabajo (*v. gr*. las jornadas irregulares y la disposición empresarial de un porcentaje anual de la jornada, así como el régimen flexible de las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial), son más extremas en el trabajo a distancia. La flexibilidad horaria –la falta de horario que puede ser característica de estos trabajos- también puede ser perjudicial para la salud. La "autogestión" del tiempo es un tema delicado, pues también encierra una trampa: abre la libertad para "auto-explotarse" (*el workaholism*). Puede generar una presión "extra" sobre los trabajadores en su tiempo libre, la imposibilidad de "desconectar" y la sensación de aislamiento al trabajar –total o parcialmente- desde su domicilio. Las nuevas tecnologías permiten la "re-conexión permanente" con el trabajo, la conectividad puede favorecer la flexibilidad y la conciliación de la vida laboral y familiar; pero también puede ser un nuevo instrumento de control empresarial y de injerencia en la privacidad del mismo. Esta problemática se vincula con las exigencias de rendimiento y cumplimiento de determinados los objetivos. Se tratara de estar atentos a cómo frenar abusos bajo la idea de la gestión flexible de los tiempos de trabajo por parte del teletrabajador. Creo que es una cuestión clave –íntimamente conectada también con la prevención de los riesgos laborales- y que habrá de abordarse desde la perspectiva del control de los tiempos y ritmos de trabajo (*v. gr*. con la implantación de micro-pausas o la formación en la auto-gestión de los tiempos de trabajo y descanso), así como con el papel que la representación de los trabajadores debe jugar en todas estas materias.

El trabajo a distancia con utilización de las NTIC renueva el clásico debate sobre la "disponibilidad" (la diferencia entre "trabajo efectivo" y "tiempo de disponibilidad"), ahora en relación a la "conectividad". La conectividad no debe ser sinónimo de "disponibilidad permanente", porque ello conllevaría la supresión del límite entre la vida privada y la profesional (el denominado *blurring*), que es un fenómeno que se está generalizando y acrecentando por motivos como tener móvil de empresa, portátil y estar constantemente conectados a jefes, clientes y compañeros. La STS 21 de septiembre de 2015 (RJ 2015\4353) ha anulado las "cláusulas tipo" de los contratos de trabajo de personal de nuevo ingreso que fuerzan al trabajador a dar sus datos de contacto personal, pues la cesión de estos datos –conforme a la LOPD- ha de ser "inequívocamente voluntaria". Pero asunto reviste matices peculiares bien cuando el medio tecnológico es el instrumento que la empresa pone a disposición del trabajador para llevar a cabo la propia prestación de servicios (por ejemplo, el teléfono y el correo electrónico "profesionales"), necesarios para el propio cumplimiento de la prestación de servicios a distancia. De momento, deberá ser la negociación colectiva la llamada a intervenir para armonizar el uso de dispositivos electrónicos en el trabajo con la tutela del descanso de los trabajadores y la conciliación de la vida personal.

La alerta psicológica en este tiempo incrementa los niveles de estrés y afecta al propio rendimiento del trabajador, lo que abre un nuevo terreno de intervención a la prevención de riesgos laborales. De ahí la necesidad de construir jurídicamente el nuevo "*derecho a la desconexión*", como exigencia de tutela de la integridad psicosocial del trabajador y de garantía de su derecho a conciliar el trabajo con su vida personal y familiar. En el ámbito europeo y en España, el debate sobre este derecho de nuevo cuño está ya en curso. No debemos perder de vista algún pronunciamiento judicial que –con carácter general- ya suponía un freno a este tipo de abuso, pues la SAN 17 de julio de 1997 (AS 1997\3370) declaró nulas las instrucciones establecidas por una empresa que obligaban a mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de sus teléfonos móviles con los de la empresa y los de todos sus clientes. La sentencia establece que, con tales obligaciones, "se sobrepasan las facultades normales y regulares de la empresa, en los términos previstos por el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, si se obliga a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir instrucciones en todo momento… declarando la nulidad de las instrucciones de la compañía que obliguen a sus trabajadores a mantener fija la atención a los teléfonos móviles una vez concluida la jornada de trabajo de cada uno de ellos".

De momento, deberá ser la negociación colectiva la llamada a intervenir para armonizar el uso de dispositivos electrónicos en el trabajo con la tutela del descanso de los trabajadores y la conciliación de la vida personal.

En España ha sido pionero el Convenio Colectivo del Grupo Axa (BOE n. 244, 10 de octubre de 2017), cuyo art. 14 regula –de manera un tanto etérea- el "derecho a la desconexión digital", donde se reconoce que "el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores y trabajadoras"; en base a ello las partes firmantes del Convenio "coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral"; y consecuentemente, "salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo". Algo que podría ya deducirse perfectamente del respeto estricto de la ordenación del tiempo de trabajo.

En todo caso, el debate sobre la desconexión no debe desligarse del derecho al descanso y a la vida personal y familiar, por tanto, de los tradicionales límites de la jornada, pues puede generar la falaz apariencia de que –en estos tipos de trabajo- exista una inaceptable obligación permanente de conexión.

En Francia, la Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, introduce el "derecho a la desconexión" laboral, mediante un nuevo apartado 7 del art. L. 2242-8 del *Code du Travail*, donde se establece que la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo incluirá: "Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar". Lo que supone una "indefinición" legal del derecho –regulación típica de legislación "aparente" o "cosmética"- con remisión a la negociación colectiva, que deberá asumir esta materia. No obstante, y a falta de acuerdo, "el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto". Esta política empresarial –acompañada solo de un derecho de consulta a los representantes de los trabajadores- será entonces la que defina "las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección". Por lo tanto, reconduce la materia a la prevención primaria en relación al uso abusivo y problemático de tales dispositivos.

El salario podrá adoptar cualquiera de las modalidades legalmente admitidas, pudiendo establecerse estructuras salariales más simples o compuestas, pero habrá de ser, como mínimo, igual a "*la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones*" (art. 13.3 LET). Aquí debe recordarse que la

imposición legislativa, mediante la reforma laboral de 2012, de supresión de la noción de categoría profesional, presente todavía en muchos convenios colectivos, puede plantear agudos problemas aplicativos.

En todo caso, reténgase que la norma alude al concepto "retribución total", lo que englobaría el conjunto de percepciones, tanto salariales como extrasalariales, establecidas para el grupo profesional y funciones desarrolladas. Evidentemente, ello incluiría partidas salariales como comisiones (que serían una variante del salario a rendimiento –o por unidad de obra-), las primas o incentivos que serían complementos cantidad o calidad por trabajo realizado), los complementos vinculados con la puntualidad, o los complementos vinculados a la situación y resultados de la empresa, así como las horas extraordinarias, que serían un complemento por cantidad de trabajo realizado. Aunque últimamente hay un "confusionismo" reinante en esta materia, partidas retributivas como el plus transporte, el uniforme, las dietas, etc. si verdaderamente responden a su *nomen iuris*, son suplidos, y no tendrían naturaleza jurídico-salarial, por tanto, no serían "complementos salariales" pero si "extrasalariales" e integrados en el concepto más amplio de "retribución".

Un punto especialmente problemático viene referido a los consumos eléctricos, telefónico, de datos para el uso de internet, que se tratarían de suplidos (y no tienen carácter salarial, salvo que la empresa cubra también partes del consumo para uso privado). Precisamente, los acuerdos individuales o colectivos de los que derive esta modalidad contractual deberán aclarar este tipo de cuestiones y determinar quién asume su coste.

Queda claramente establecido que los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud conforme a lo establecido en la legislación correspondiente (art. 13.4 LET), sin perjuicio de eventuales necesidades de adaptación al lugar de trabajo elegido por el trabajador y, en especial, de la inevitable implicación del trabajador en el cuidado de su seguridad y salud (y de la relatividad de los poderes empresariales de vigilancia y control) cuando trabaje en su propio domicilio. Por lo tanto, todo el marco normativo relativo a la evaluación de riesgos de su actividad, planificación e integración de la actividad preventiva, la asistencia, formación e información, vigilancia de la salud, responsabilidad de adopción de medidas preventivas y correctores de riesgos laborales, etc., es plenamente aplicable en esta modalidad contractual.

El problema general del trabajo a distancia es que el domicilio –o cualquier otro lugar elegido por el trabajador- puede presentar potencialmente riesgos de todo tipo – eléctrico, ventilación, iluminación, incendio, ergonómicos, psicosociales, etc.- (téngase en cuenta que los accidentes domésticos superan con creces a los laborales). Dada la dificultad para vigilar y controlar el cumplimiento de

las medidas preventivas un reto importante es la verdadera traslación de la política preventiva en este ámbito. Lo cierto es que, para ciertos riesgos, las NTIC permiten un control incluso más intenso que el trabajo convencional o presencial (a través de webcams, sistemas de detección, programas informáticos, etc.). Un plus de "cultura preventiva" en exigible también en este ámbito, quizá debieran conformarse en el marco normativo como "colectivo especial" -con mayores y/o específicas exigencias formativas, de control, etc.- vertiente que ahora se encuentra atendida de manera muy precaria y en casos excepcionales por la negociación colectiva.

Las patologías específicas que afloran con el uso intensivo de las nuevas tecnologías en el trabajo son ya conocidas, como el tecno-estrés, o están en curso de conocerse con más profundidad, como sucede con las nuevas tecnoadicciones, entre las que empieza a reconocerse la *nomofobia* ("no-mobile"), el *phubbing* ("phone snub"; no prestar atención a los demás, solo al teléfono), que ya forman parte del panorama psicosocial de nuestros días (dentro y fuera del trabajo). En el teletrabajo están especialmente presentes estos nuevos riesgos –u otros más conocidos pero que se canalizan por el medio tecnológico: *ciberbullying*- y el reto es trasladar el conjunto de garantías preventivas y de control a esta forma de trabajo, incluida la vertiente relativa a los riesgos psicosociales.

Con el empleo de las nuevas tecnologías el tiempo de trabajo –y el lugar de prestación del servicio- se vuelve más difuso, cuando no deja incluso de controlarse (por ejemplo, bajo las fórmulas de teletrabajo). El propio teletrabajo dificulta el conocimiento preciso de la etiología de una patología psicosocial o músculoesquelética. Ello dificulta sobremanera la presunción de laboralidad de la contingencia en este tipo de trabajo, especialmente cuando esa tecnología es también de uso común para otras facetas de la vida privada.

Esta dificultad se traslada no solo al plano preventivo, sino también a la tutela de Seguridad Social. El empleo de un "principio pro operario" para la delimitación del tiempo de trabajo a efectos de la calificación de los accidentes de trabajo en este ámbito es dificultosa, pues algunos rechazan la aplicación de dicho principio a la calificación de las contingencias por afectar a la delimitación legal basada también sobre equilibrios prespuestarios del sistema, así como existe un tendencial abandono jurisprudencial de este principio que resulta muy visible (*v. gr.* en la reconfiguración jurisprudencial más reciente del accidente *in itinere*). En todo caso, hay cuestiones muy relevantes como el análisis del juego de la presunción del actual 156.3 trLGSS en este ámbito específico, donde las dificultades de delimitación espacio-temporales se agudizan y aflora la especialmente la problemática de la exigencia de la cuestión de la exclusividad (ex art. 156.2 e) trLGSS) o de la "causa eficiente" para la calificación de patologías como enfermedades del trabajo.

Por otra parte, en la medida que podrían desarrollarse –v. gr. mediante teletrabajo- prestaciones laborales en caso de IT, la parcialidad de la prestación por IT tales es una propuesta que consideramos "muy arriesgada" y se presta a fraudes y abusos (tanto sobre el tele-trabajador y sobre el propio sistema de Seguridad Social).

También tienen derecho a la formación profesional continua, a fin de favorecer su promoción profesional, con la consiguiente obligación del empresario de establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de dicho trabajadores a tales actividades. En este sentido, el art. 13.4 LET prescribe que el empresario "*deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional*". Además de la formación general de la empresa y específica del puesto de trabajo, el trabajador a distancia debería recibir formación sobre los posibles riesgos del lugar de prestación del servicio en materia de prevención de riesgos laborales, así como el manejo de las herramientas telemáticas (si se trata de la variante de teletrabajo), no solamente al inicio de la relación, sino también cuando las condiciones de trabajo se vean modificadas (las propias herramientas telemáticas de formación *on line* podrían ser un instrumento para la formación).

No tienen reconocido un derecho a ocupar puestos de carácter presencial dentro de la empresa, pero con el fin de posibilitar su "*movilidad y promoción*", los trabajadores a distancia tienen un derecho de información acerca de "*la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo*", con el consiguiente deber para el empresario (art. 13.3 LET). El incumplimiento de esta obligación informativa está tipificado como falta administrativa leve (art. 6.5 LISOS).

3.2. Trabajadores a distancia y derechos de representación colectiva

Como regla de base, los trabajadores a distancia son titulares asimismo de los derechos de representación colectiva reconocidos a todo trabajador. En este sentido, el art. 13.5 LET establece lo siguiente: "*Los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la Ley del Estatuto de los Trabajadores*"; a tales efectos, "*deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa*". Precisamente, en la doctrina se ha debatido sobre la adscripción del trabajador a distancia, aunque el legislador se ha inclinado por un criterio locativo, quizá sería más adecuado un criterio más adecuado un criterio funcional. Es por ello que habrá de prestarse atención a esta libertad de adscripción empresarial y a la posibilidad diferenciación de centros de trabajo de adscripción, en especial, porque puede prestarse a maniobras elusivas

de la exigencia de representación de los trabajadores o del tipo de representación (comité de empresa o delegados de personal).

En relación a los derechos de representación colectiva hay dos planos de análisis que deben delimitarse y que no está exenta de una rica problemática: el trabajador a distancia (o teletrabajador) como individuo y colectivo "representado", así como el teletrabajador como "representante legal" de los trabajadores. Ambos planos igualmente tutelados por el ordenamiento jurídico como si de un contrato ordinario de trabajo se tratase.

La propia introducción de un sistema de teletrabajo en la empresa, en la medida que supone un cambio organizativo, hace necesaria la participación de los representantes legales de los trabajadores (art. 64.1 LET). En todo caso, el uso de las nuevas tecnologías para el desarrollo de las funciones de representación debe ser un reto de la acción sindical en la empresa. Un esfuerzo científico-jurídico –y no de mera casuística judicial, como viene sucediendo- debe ahora reconducirse hacia la construcción de los derechos de participación a través de las nuevas tecnologías, con los debidos límites para garantizar un uso adecuado y razonable de los mismos. En este sentido, podrían avanzarse derechos como el tablón de anuncios electrónico, el portal del empleado mediante el que canalizar sugerencias o reclamaciones, las asambleas o reuniones por videoconferencia, etc.

Este tema nos conecta con la paradoja del "riesgo de aislamiento" frente al potencial de las NTIC y de las redes sociales como "nuevas formas de socialización. Si dichas tecnologías son un potencial importante para los nuevos movimientos sociales, también deberían serlo para los más tradicionales (como el movimiento obrero y todo lo que representa), ampliando los cauces de participación[11]. En el fondo, el asunto es más ideológico que propiamente tecnológico, el auge de individualismo y la crisis de la "conciencia colectiva", aunque este factor pueda también retroalimentar el fenómeno "descolectivizador". Pensemos en materia de huelga donde es destacable el potencial de las NTIC en la exteriorización del conflicto y en el proselitismo de los objetivos huelguistas, despertando y concitando solidaridades[12]. También se abren perspectivas de análisis interesantes en la vertiente pasiva o activa del derecho, como pueden ser los piquetes informativos a través de los medios tecnológicos y sus límites frente al escrache o acoso tecnológico.

[11] *Vid*. Rodotà, S.: *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma, 2014, especialmente sus apreciaciones sobre la "Calidad de la democracia electrónica", págs. 54 y sigs.

[12] De interés sigue siendo la obra clásica de Mcluhan, M., Powers, B. R.: *La aldea global* (reeditada recientemente por Gedisa, Barcelona, 2015).

4. CONSIDERACIONES FINALES

El balance general del marco legal no puede ser sino considerar que se trata de una ordenación muy genérica que no resuelve problemas importantes de este tipo de trabajo, *v. gr*. cuando se trata de teletrabajo, quién soporta el coste de la adquisición, actualización, mantenimiento y renovación de los equipos empleados para la prestación de servicios, o el coste de la conexión de internet. Por otra parte, se requieren de medidas adicionales para garantizar una verdadera traslación de las medidas de prevención de riesgos laborales en este tipo de trabajo, así como para reforzar la vigilancia del cumplimiento de la normativa social, en especial el cumplimiento de las normas sobre tiempo de trabajo.

Para quien trabaja en este régimen puede –en teoría- disponer de una mayor flexibilidad horaria o mayores márgenes para la conciliación del trabajo con otras ocupaciones personales o familiares, pero existe un riesgo de "auto-explotación" y ya se ha identificado la patología denominada *blurring* (situación en la que el trabajador no consigue delimitar su tiempo de trabajo y el dedicado a la vida personal y familiar). Hay un debate abierto sobre el derecho a la "desconexión", que ya ha sido regulado de una manera poso satisfactoria en Francia, pero que sirve para poner de relieve la problemática de conciliación que también aflora en este tipo de trabajo.

Otra carencia muy criticable es que el legislador reformista del 2012 pensó exclusivamente en el teletrabajo –y de manera algo difusa- como nuevo paradigma del trabajo a distancia. Si hay algo que nos enseña la historia del trabajo es que los modos de organización del trabajo y prestación de servicios se van superponiendo unos a otros, no se reemplazan en su totalidad sino que se superponen, siguen conviviendo aunque en cada momento unos sean prevalentes sobre otros.

Creo que ha sido un error eliminar las reglas del art. 13 LET pensadas para los tradicionales trabajos manufactura (el denominado "trabajo a domicilio"). Téngase en cuenta que ese tipo de trabajo -existente desde la proto-industrialización- está todavía presente en muchos sectores productivos. Precisamente, los tradicionales abusos producidos en este tipo de relaciones de trabajo, con una presencia especial de sectores de economía tradicional –textil, calzado, juguete, etc.- determinó una regulación de garantías para los trabajadores (que también facilitaban la fiscalización administrativa de este tipo de contratos), tanto de tipo documental (deberes de documentar específicamente la actividad, a través del "documento de control de la actividad laboral" que el empresario tenía obligación de poner a disposición del trabajador a domicilio, donde se hacían constar extremos como la clase y cantidad de trabajo, las materias primas entregadas, entrega y recepción de los productos elaborados; la propia exigencia de forma escrita, etc.), como sustantivas (garantías de derechos equivalente a los trabajadores que

prestan sus servicios en los centros de trabajo de la empresa). Estamos así ante un claro ejemplo de desprotección laboral e inseguridad jurídica derivada de esta maniobra reformista de clara "desregulación". Las garantías otrora establecidas para el "trabajo a domicilio" ahora deberán de recuperarse a través de la negociación colectiva –en el mejor de los casos- o mediante acuerdo individual. Es menos comprensible esta desregulación cuando es de sobra conocido que, además, en este tipos de trabajo de manufactura a domicilio incide especialmente el fenómeno de la economía sumergida.

El vigente art. 13 LET resulta insuficiente para aplicarlo a las particularidades del teletrabajo, puesto que se regula solo una modalidad del teletrabajo, como es el trabajo a distancia. En la propia noción de "trabajo a distancia" no se exige la utilización de forma intensiva de las NTIC, mientras que este último elemento resulta imprescindible para poder identificar la organización mediante el teletrabajo respecto de una prestación laboral que se desarrolle preferentemente fuera de los locales de la empresa. De ahí que sea necesaria una reformulación legislativa que atienda a una adecuada transposición del AMET sobre el teletrabajo, así como atienda la normativa internacional sobre la materia.

Como se ha señalado, debe abogarse también por una recuperación de las reglas de la anterior versión del art. 13 LET, diferenciando normativamente el trabajo a domicilio del teletrabajo como dos categorías que, aunque presenten una problemática común, debieran conceptualmente diferenciadas –y ordenadas jurídicamente- dentro del más amplio concepto del "trabajo a distancia", que también puede ser un trabajo "nómada", al que todavía nuestra ordenación normativa no presta atención alguna.

No existe un balance claro, en términos de flexibilidad "bidireccional", sobre esta modalidad de prestación laboral y a qué intereses sirve predominantemente en su realidad aplicativa, esto es, si prevalecen las exigencias y ahorro de costes de la empresa o de las necesidades del trabajo, o bien los intereses de flexibilidad y conciliación del trabajador. En todo caso, debieran mejorarse los instrumentos normativos para un balance equilibrado de ambos intereses.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo*, Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y Calidad de Vida en el Trabajo, UGT-CEC, 2016.

ALGAR JIMÉNEZ, C.: *El Derecho laboral ante el reto de las nuevas tecnologías*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2007.

ALIAGA CASANOVA, A. L.: "El teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respeto a la intimidad", *RGD*, n. 682, 2001.

CERVILLA GARZÓN, M. J., JOVER RAMÍREZ, C.: "Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales", *RICRLDE*, v. 3, n. 4, 2015.

DE LAS HERAS GARCÍA, A.: *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, CEF, Madrid, 2016.

DE LUIS, P., MARTÍNEZ, A., PÉREZ, M.: "El teletrabajo: una perspectiva organizacional desde la teoría de recursos", *Estudios Empresariales*, n. 107/3, 2001.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "Tiempo de trabajo y riesgos psicosociales: conocemos los retos, es hora de articular soluciones", *Boletín Informativo. Observatorio de Riesgos Psicosociales UGT*, n. 26, 2016

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, M. V.: "Nuevas tecnologías y control de la actividad laboral en España", *Labour Law Issues*, v. 2, n. 1, 2016.

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: "El teletrabajo (Acuerdo marco de 16 de julio de 2002), en AA.VV., *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ VILLANUEVA, F. J.: "La ordenación del tiempo de trabajo de los teletrabajadores", *AL*, n. 11, 2003.

MELLA MÉNDEZ, L.: "Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo", *RL*, n. 1, 2003.

MELLA MÉNDEZ, L.: *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, La Ley, Madrid, 2017.

MELLA MÉNDEZ, L.: "Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora", *RDSyE*, n. 6, 2016.

MELLA MÉNDEZ, L.: *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudio sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M. N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 15ª ed., Comares, Granada, 2017.

PRADOS DE REYES, F. J.: "Nuevas tecnologías y derecho a la intimidad en el ámbito laboral", *RIDJ*, n. 13, 2016.

QUESADA SEGURA, R.: "Artículo 13. Contrato de trabajo a domicilio", en AA. VV., *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 2012.

QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: "Teletrabajo: delimitación, negociación colectiva y conflictos", en AA.VV., *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, Eolas, León, 2014.

RIVERO LAMAS, J.: "El teletrabajo en España: un nuevo yacimiento de empleo en los sectores público y privado", RAAP, n. 4, 2001.
ROIG, A.: *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC's)*, Bosch, Barcelona, 2011.
SANGUINETI, R. W.: *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*, Salamanca, 2002.
SELMA PENALVA, A.: "Profesor virtual y Derecho del Trabajo", *AS*, n. 17, 2002.
SEMPERE NAVARRO, A. V., KAHALE CARRILLO, D. T.: *Teletrabajo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2013.
SERRANO GARCÍA, J. M.: "Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco europeo de 16 de julio de 2002", *RL*, n. 21, 2002.
SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES-Andalucía, Sevilla, 2011.
THIBAULT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, 2ª ed., CES, Madrid, 2001.
TODOLÍ SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
USHAKOVA, T.: "De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate", *nREDT*, n. 192, 2016.
USHAKOVA, T.: "El teletrabajo en el derecho de la OIT", *IL*, n. 9, 2015.

LA PREVENCIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

ROSA MOYA AMADOR Y JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

Profesores Titulares E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA.
2. REGULACIÓN JURÍDICA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES TEMPORALES.
3. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DIRECTA.
4. PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS POR EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL, CONTRATACIÓN TEMPORAL INDIRECTA.
5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

El artículo 15 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco)[1], recoge la obligación de proteger a los grupos de trabajadores expuestos a riesgos especialmente sensibles. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), en clara transposición de la Directiva Marco[2] establece una protección general de todos los trabajadores, y una protección específica a colectivos o grupos de trabajadores que son más sensibles o vulnerables o que por sus características personales, riesgos específicos o modalidad de contrataciónтacíon requieren una protección específica. Es en el capítulo III denominado "*Derechos y obligaciones*", en los cuatro artículos siguientes:

-Artículo 25. *Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos*. Precepto que tiene una clara vocación globalizadora pretendiendo dar cabida a todos los colectivos o grupos específicos de trabajadores de riesgo, no contemplados en los arts. 26, 27 y 28 siguientes obligando al empresario a garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. "No hace referencia a otros colectivos de trabajadores que deben ser especialmente protegidos en razón a las condiciones que realizan su trabajo, como los trabajadores que realizan su jornada diaria de trabajo en período *nocturno,* o aquellos que trabajan a *turnos,* para los que el art. 36.4 del Estatuto de los Trabajadores, transponiendo el art. 9.1.b) de la Directiva 93/104/CEE, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, diseña un nivel de protección específico en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, incluyendo unos servicios de prevención y protección apropiados y equivalentes a los de los restantes trabajadores de la empresa"[3].

---

[1] Directiva del Consejo de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (89/391/CEE), Artículo 15. Grupos expuestos a riesgos. "Los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica". http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1989L0391:20081211:ES:PDF.

[2] Autores de la doctrina laboralista señalan al respecto que "Hay una pequeña diferencia entre la Directiva marco y la LPRL: la primera habla de grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles (atiende a los riesgos objetivos); la segunda, en cambio habla de trabajadores especialmente sensibles (en sentido subjetivo) por diversos motivos. La especialidad no estaría en el puesto de trabajo, sino en el trabajador. Sin embargo en ambos casos la empresa debe adoptar medidas preventivas como adaptaciones del propio puesto de trabajo o cambios de puesto de trabajo" en LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J. F.: Curso de prevención de riesgos laborales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 222.

[3] AGUSTÍ JULIÁ, J.: Los colectivos más protegidos: grupos especiales de riesgo. la protección

-Artículo 26. *Protección de la maternidad*[4].

-Artículo 27. *Protección de los menores*[5].

-Artículo 28. Relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal[6]. Precepto cuyo ámbito de aplicación viene determinado por el art. 1 de la Directiva 91/383/CEE de 25 de junio de 1991 que recoge su aplicación a:

1) *toda relación laboral regulada por un contrato de trabajo de duración determinada, celebrado directamente entre el empresario y el trabajador, en el que se determine el final del contrato mediante condiciones objetivas, tales como una fecha precisa, que se concluya una tarea determinada, que suceda un hecho determinado;*
2) *toda relación laboral entre una empresa de trabajo temporal, que es el empresario, y el trabajador, cuando este último sea adscrito a fin de trabajar para y bajo el control de una empresa y/o un establecimiento usuarios.*

El objeto de estudio en este capítulo está limitado al análisis del artículo 28 de la LPRL, es decir nos detenemos en las peculiaridades en relación a la prevención de riesgos o la protección especial de los trabajadores temporales, que a su vez son dos supuestos diferenciados conforme hemos dejado apuntado al referirnos al art. 28 de la LPRL; uno el de la prevención de riesgos en la contratación temporal directa y el otro la prevención de riesgos en la contratación temporal indirecta a través de Empresas de Trabajo Temporal (ETT). Los cuatro primeros apartados del art. 28 son de aplicación a ambos colectivos, mientras que el quinto

---

en las relaciones de trabajo temporales o de duración determinada y en las empresas de trabajo temporal, Cuadernos de Derecho Judicial, Estudio de la prevención de riesgos laborales, 1, 1999 p. 156.

[4]Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE). Modificada por: Directiva 2014/27/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 por la que se modifican las Directivas 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE del Consejo y la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de adaptarlas al Reglamento (CE) n o 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

[5]Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo. Modificada por: Directiva 2014/27/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 por la que se modifican las Directivas 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE del Consejo y la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de adaptarlas al Reglamento (CE) n o 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

[6] Directiva del Consejo 91/383/CEE de 25 de junio de 1991 por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1991L0383:20070628:ES:PDF

se refiere exclusivamente a los trabajadores que prestan servicios para una ETT.

En este sentido diferenciamos a continuación dos apartados: el apartado tres en el que nos referimos a la protección de los trabajadores temporales o con contrato de duración determinada (contratación temporal directa) y el apartado cuatro referido a la protección de los trabajadores contratados por Empresas de Trabajo Temporal (contratación temporal indirecta), porque aunque los trabajadores que están en los dos supuestos mencionados tienen en común la temporalidad de los servicios prestados, están sometidos a un régimen jurídico distinto para cada caso y la norma no es aplicable en su totalidad a los dos colectivos.

2. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES TEMPORALES

2.1. Marco normativo

Sin entrar en un análisis riguroso en este apartado por desarrollarse en cada uno de los apartados siguientes pero por razones metodológicas y siguiendo la tradición doctrinal en el estudio de las normas en materia de prevención de riesgos o seguridad y salud laboral, distinguimos entre normas internacionales y normas nacionales

Entre las primeras la Directiva 91/383/CEE de 25 de junio, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores temporales o de empresas de trabajo temporal, tiene por finalidad incrementar el nivel de protección de la seguridad y salud de estos dos colectivos de trabajadores al estar sometidos a riesgos específicos derivados precisamente de la temporalidad, mediante la adaptación de la normativa general de prevención de riesgos laborales a las peculiaridades de estas dos relaciones de trabajo. Siendo así que, no contiene un régimen protector original sino que, se dedica a completar las disposiciones de otras directivas que se aplican al resto de los trabajadores, como la Directiva marco. Esta técnica normativa se fundamenta en el principio de igualdad de trato de todos los trabajadores independientemente del tipo de relación de empleo[7] como veremos más adelante y especifica las medidas generales en determinadas cuestiones para lograr la igualdad de trato.

Entre las normas nacionales, el artículo 28 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, relativo a las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal, al que ya nos hemos referido y que establece los deberes y obligaciones de carácter pre-

[7] RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R. y BURRIEL RODRÍGUEZ, P.: La prevención de riesgos laborales en la temporalidad, Comares, Granada, 2010, p. 15.

ventivo que corresponden a la empresa en la que se prestan los servicios requeridos y, en su caso, los que debe asumir la empresa de trabajo temporal. Precepto que es desarrollado por el Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal recogiendo las medidas necesarias para la ejecución de los deberes y obligaciones específicos de las empresas de trabajo temporal y de las empresas usuarias en la contratación y desarrollo de este tipo de trabajo, con objeto de garantizar el derecho de los trabajadores al mismo nivel de protección de su seguridad y su salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios, así como establecer la relación de actividades y trabajos que, en razón de su especial peligrosidad, deben quedar excluidos de la celebración de contratos de puesta a disposición.

Tener en cuenta también entre las normas nacionales en la materia la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal que estableció unas obligaciones concretas de formación a cargo de la empresa de trabajo temporal y unas obligaciones de la empresa usuaria en materia de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, así como de información a éstos sobre los riesgos del puesto de trabajo a desarrollar y sobre las medidas de prevención y protección a aplicar y normas de desarrollo a las que se harán referencia más adelante en el apartado cuatro.

Por último, aunque no entramos en su análisis por exceder las características y requisitos de esta aportación, hacer referencia al régimen de responsabilidades, de diferente naturaleza y finalidad, que se generan ante el eventual incumplimiento de las obligaciones preventivas empresariales en estos supuestos, pudiendo ser éstas de índole administrativa, social, civil o incluso para los casos de mayor gravedad la responsabilidad penal de acuerdo con el art. 42 de la LPRL, con especial referencia al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social y recoge las responsabilidades administrativas en materia de seguridad y salud en el trabajo derivadas de la obligación preventiva en el capítulo II, artículos 11, 12 y 13 diferenciando en infracciones leves, graves y muy graves. Lógicamente tampoco es el momento de referirnos a la responsabilidad disciplinaria del trabajador conforme al art. 29.3 LPRL que en su caso pudiese originarse.

2.2. Principio de equiparación de la protección de los trabajadores temporales con los fijos e igualdad de trato

La Directiva 91/383/CEE de 25 de junio de 1991, una vez delimitado el ámbito de aplicación como ya hemos visto en el art.1 a todos los trabajadores temporales, tanto relaciones contractuales de carácter temporal con la empresa o

porque el trabajador pertenezca a una ETT, en el art. 2 pasa a establecer el objeto de la misma: *garantizar que los trabajadores con relaciones de trabajo de las contempladas en el art. 1 disfruten, en materia de salud y seguridad en el trabajo, del mismo nivel de protección que los otros trabajadores de la empresa y/o del establecimiento usuarios*. No estando justificada en ningún caso una diferencia de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a la protección de la seguridad y de la salud en el trabajo, en particular en lo que se refiere al acceso a los equipos individuales de protección.

Nuestra LPRL al referirse a esta materia la primera referencia que hace es para garantizar la igualdad de trato en materia de prevención entre trabajadores fijos y trabajadores temporales. El art. 28. 1 LPRL en clara transposición de la Directiva 91/383/CEE establece el principio de equiparación de los trabajadores temporales con los fijos[8] recogiendo que *los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como los contratados por empresas de trabajo temporal, deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios*. Y en el segundo párrafo del precepto, afirma, tajantemente, que la existencia de una relación de trabajo de las señaladas no *justificará, en ningún caso una diferencia de trato* respecto a las condiciones de trabajo, en lo relativo a *cualquiera de los aspectos de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.*

El principio de igualdad de trato en materia de protección de los trabajadores temporales en relación con los trabajadores fijos recogido en el apartado primero del art. 28 se manifiesta en tres obligaciones para el empresario que a su vez constituyen derechos para los trabajadores, son:

- Obligación del empresario de dar el mismo nivel de protección a unos y otros trabajadores (párrafo primero).
- Obligación del empresario de igualdad de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a cualquiera de los aspectos de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores (párrafo segundo).
- Obligación de aplicación plena de la LPRL y sus disposiciones de desarrollo a las relaciones de trabajo temporal o de duración determinada así como los trabajadores que presten sus servicios en una ETT (párrafo tercero).

Entendemos que así se tiene que interpretar y aplicar el principio de no discriminación en materia de seguridad y salud laboral por cuanto art. 17 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto

[8] SALA FRANCO, T.: Derecho de la prevención de riesgos laborales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 239.

refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET) establece, con carácter general, el principio de no discriminación en las relaciones laborales. Y el art. 15 TRET referido a la "Duración determinada" en el apartado seis recoge que *los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos.* Preceptos normativos que recogen el principio de igualdad y no discriminación que se recoge con carácter general en el art. 14 de la Constitución Española.

Con todo ello, podemos concluir que lo que se persigue el artículo 28 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales es, claramente, prohibir la discriminación de los trabajadores temporales y procedentes de ETT en materia de seguridad y salud en el trabajo. El fundamento de este precepto radica en combatir el peor trato que, en la práctica, se dispensa a estos trabajadores, derivado de una menor valoración en la empresa, que es uno de los principales factores que determinan su mayor vulnerabilidad frente a los riesgos laborales. Por ello, se ha optado por establecer de forma expresa y reiterada la igualdad de éstos, a fin de prescribir todo tratamiento desfavorable respecto de los restantes trabajadores de la empresa. No obstante entendemos de acuerdo a la doctrina laboralista[9] que, "con ser importante este principio de igualdad, la raíz de la menor protección no está en la ley, sino en la propia precarización del mercado de trabajo. Y más que un tratamiento igual habría que proceder a medidas específicas, como prohibir ciertos trabajos o actividades, como ya se hace con los trabajadores de ETT, establecer controles médicos especiales, etc.". Así de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5.1 de la Directiva 91/383, los estados miembros quedan facultados para excluir el recurso al trabajo temporal en determinados supuestos calificados por la legislación nacional de que se trate como trabajos especialmente peligrosos para la seguridad y la salud[10].

[9] López Gandía, J. y Blasco Lahoz, J. F., op. Cit. Pág. 230.

[10] En el caso español, el artículo 8.b de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, establece que las empresas no podrán realizar contratos de puesta a disposición para la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente. El no cumplimiento de este precepto se tipifica como infracción muy grave imputable tanto a la ETT como a la empresa usuaria (artículos 19.3.b y 20.3.b de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal). Es el Real Decreto 216/99 el que establece la relación de actividades y trabajos que, en razón de su especial peligrosidad, deben quedar excluidos de la celebración del contrato de puesta a disposición. En su artículo 8, el Real Decreto 216/99 señala que: "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, párrafo b), de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, no se podrán celebrar contratos de puesta a disposición para la realización de los siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad

2.3. El fundamento de la protección especial a los trabajadores temporales o de duración determinada

La finalidad que persigue el legislador en el ámbito nacional con la Directiva 91/383/CEE de 25 de junio y en el ámbito nacional con el art. 28 de la LPRL es intensificar el nivel de protección de los trabajadores temporales, de duración determinada y de los trabajadores contratados por una ETT por el mayor número de accidentes de trabajo registrados. Que las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores contratados por ETT sean idénticas a los de los trabajadores de la empresa usuaria y, asimismo que las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores temporales fuesen iguales a las de los trabajadores fijos de la empresa con el objeto de reducir la siniestralidad laboral, *"Considerando que, según las investigaciones llevadas a cabo, se concluye que en general los trabajadores con relación laboral de duración determinada o en empresas de trabajo temporal están más expuestos que los demás trabajadores, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales"*[11].

La temporalidad en la contratación va relacionada con la inestabilidad y precariedad en el empleo y la precariedad en el empleo con peores condiciones de trabajo y mayores posibilidades de que estos trabajadores sufran accidentes de trabajo y un empeoramiento de su salud por circunstancias muy variadas en cuanto al funcionamiento y organización empresarial. Este dato unido a que cuantitativamente es la forma de contratación más utilizada por el empresariado de nuestro país[12] hace que el legislador se encuentre con una realidad a la que dar respuesta con la adopción de las medidas legislativas que analizamos a continuación.

3. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DIRECTA

En el apartado anterior hemos señalado que los trabajadores temporales tienen los mismos derechos recogidos en la Ley de prevención de riesgos y normas

[11] Directiva 91/383/CEE, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1991L0383:20070628:ES:PDF

[12] Llamativo es el dato que recoge el Criterio Técnico de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de contratación temporal 95/2015, "la contratación temporal representa aproximadamente el 90% del total de los contratos que se celebran en España y puede agruparse en las siguientes categorías:

1.Por la causa objeto de contratación: a. para obra o servicio determinado, b. eventual por circunstancias de la producción y c. contrato de interinidad

2.Formativos: a. en prácticas y b. para la formación y el aprendizaje

3.Fomento de empleo: a. fomento de empleo de personas con discapacidad, b. contrato de relevo y de jubilación parcial c. contrato eventual de primer empleo joven. http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_95_Anexos.pdf

de desarrollo que los demás trabajadores, que les serán plenamente de aplicación sin perjuicio de que se prevean medidas concretas de protección y tutela como grupo específico de riesgo de acuerdo con la normativa comunitaria y la propia LPRL.

A nivel comunitario junto con las disposiciones destinadas a mejorar la seguridad y la salud de los trabajadores en general, la Directiva 91/383/CEE considera que la situación específica de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o que prestan sus servicios en empresas de trabajo temporal así como el carácter específico de los riesgos que corren los trabajadores en determinados sectores hacen necesaria una regulación complementaria particular, especialmente en lo relativo a la *información, la formación y la vigilancia médica de dichos trabajadores.*

Los apartados segundo, tercero y cuarto del art. 28 de la LPRL se refieren a las obligaciones del empresario en la protección de trabajadores tanto temporales o de duración determinada como trabajadores de una ETT, obligaciones que a su vez constituyen derechos de los trabajadores en general[13] y que tan solo repiten con referencia a estos trabajadores de forma específica aunque sin distinción alguna, así las obligaciones informativas (art. 18 LPRL), de formación (art. 19 LPRL) y la vigilancia de la salud a través de controles de carácter periódico (art. 22 LPRL) con la "única peculiaridad, acaso, sea la concreta obligación del empresario de informar a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades preventivas o al servicio de prevención (propio o ajeno), en su caso, de la incorporación a la empresa de los trabajadores temporales, con el fin de que puedan desarrollar adecuadamente sus funciones preventivas respecto de ellos (art. 28.4 LPRL"[14]. El apartado quinto del art. 28 de la LPRL solo hace referencia a las relaciones de trabajo a través de empresas de trabajo temporal, que se analizan en un apartado siguiente de este estudio.

Analizando los preceptos normativos referidos, las obligaciones del empresario contratante de protección de los trabajadores temporales o de duración determinada, son:

[13] En este sentido recordamos el art. 14 de la LPRL: "Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio. Los derechos de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud, en los términos previstos en la presente Ley, forman parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo".

[14] Sala Franco, T., op. cit. Pág. 240.

3.1. Obligación de información de los trabajadores

Se recoge en el art. 28.2 LPRL en cumplimiento de la Directiva 91/383/CEE, en el mismo apartado pero en distintos párrafos que la obligación de formación a los trabajadores[15]. El empresario adoptará las medidas necesarias para garantizar que, con carácter previo al inicio de su actividad, los trabajadores temporales y los cedidos por ETT, reciban *información acerca de los riesgos a los que vayan a estar expuestos, en particular en lo relativo a la necesidad de cualificaciones o aptitudes profesionales determinadas, la exigencia de controles médicos especiales o la existencia de riesgos específicos del puesto de trabajo a cubrir, así como sobre las medidas de protección y prevención frente a los mismos.* El trabajador debe ser informado de todos los *riesgos a los que vaya a estar expuesto y* que puedan afectarle referidos a su puesto de trabajo y a la empresa y en particular a los que se refiere la norma.

A diferencia del art. 18.1 de la LPRL en el que se recoge el deber de información con carácter general para todos los sujetos que entran dentro del ámbito de aplicación de la LPRL recogido en el art 3 del mismo texto legal, lo único a destacar es que se hace referencia expresa a que el momento en el que debe darse la información por parte del empresario, antes del inicio de la actividad, si bien debe entenderse que aunque el art. 18 no diga nada sobre este punto, el momento en el que debe cumplirse la obligación es siempre previo a la incorporación del trabajador a su puesto de trabajo ya que no tendría lógica desde el punto de vista preventivo que se haga en un momento posterior.

3.2. Obligación de formación de los trabajadores

Al igual que la obligación anterior en el art. 28.2 de la LPRL se recoge de forma específica el deber de formación para los trabajadores temporales con

[15] A diferencia de la Directiva 91/383/CEE de 25 de junio que recoge la información y formación de los trabajadores en dos artículos distintos: Artículo 3. Información de los trabajadores. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 89/391/ CEE, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que: 1) previamente a cualquier actividad asumida por cualquier trabajador que mantenga una relación laboral de las contempladas en el artículo 1, éste sea informado por la empresa y/o el establecimiento usuarios de los riesgos a que vaya a estar expuesto; 2) dicha información: — se refiera, en especial, a la necesidad de cualificaciones o aptitudes profesionales particulares o de un control médico especial, definido por la legislación nacional, y — precise los posibles riesgos elevados específicos vinculados al puesto de trabajo a cubrir, tal como los defina la legislación nacional. Artículo 4. Formación de los trabajadores. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 89/391/ CEE, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en los casos contemplados en el artículo 3, el trabajador reciba una formación suficiente y adecuada a las características propias del puesto de trabajo, teniendo en cuenta su cualificación y su experiencia.

contrato de duración determinada y para los trabajadores de ETT, y el art. 19 del mismo texto legal recoge el deber de formación general del resto de los trabajadores. Al entender que la única peculiaridad viene dada por la normativa aplicable a las ETT y la formación de estas a sus trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias, será objeto de estudio en el punto siguiente.

3.3. Obligación de vigilancia periódica de la salud

Al ser objeto de estudio en el apartado siguiente, solo recordar que el art. 28.3 recoge que los trabajadores temporales o de duración determinada como trabajadores de una ETT *tendrán derecho a una vigilancia periódica de su estado de salud, en los términos establecidos en el artículo 22 de esta Ley y en sus normas de desarrollo.* Por lo que en esta materia debemos aplicar las disposiciones generales a todos los trabajadores, sin distinción ni peculiaridad alguna, recordándonos el apartado primero del mismo artículo de la LPRL, antes referido, que recoge la igualdad de trato de todos los trabajadores en materia de prevención y que "*la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo se aplicarán plenamente a las relaciones de trabajo"*.

3.4. Obligación de información a los servicios de protección y prevención

El art. 28.4 de la LPRL recoge, tal y como hemos dicho con anterioridad, una medida de protección específica para los trabajadores temporales de duración determinada o trabajadores de ETT en relación al resto de trabajadores a los que les es aplicable la LPRL. Es la obligación del empresario *de informar a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de protección y prevención o, en su caso, al servicio de prevención previsto en el artículo 31 de esta Ley, de la incorporación de los trabajadores a que se refiere el presente artículo, en la medida necesaria para que puedan desarrollar de forma adecuada sus funciones respecto de todos los trabajadores de empresa*[16]. Es decir de la incorporación de trabajadores temporales o trabajadores que provengan de las empresas de trabajo temporal, para que puedan cumplir con sus funciones respecto de todos los trabajadores de la empresa, temporales y fijos de plantilla.

[16] El art. 28.4 es trasposición del art. 6 de la Directiva 91/383/CEE de 25 de junio: Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los trabajadores, servicios o personas designados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE, para ocuparse de las actividades de protección y de prevención de riesgos profesionales estén informados de la adscripción de los trabajadores que tengan una relación de trabajo de las contempladas en el artículo 1, en la medida necesaria para que los trabajadores, servicios o personas designados puedan ocuparse de manera adecuada de sus actividades de protección y de prevención respecto a todos los trabajadores en la empresa y/o el establecimiento.

4. PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS POR EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL, CONTRATACIÓN TEMPORAL INDIRECTA.

4.1. Las razones para un tratamiento concreto y análisis de su marco regulador

Al igual que para los trabajadores con relación de trabajo temporal o de duración determinada, la LPRL en su art. 28, aunque de forma diferenciada en su apartado quinto, contempla diversas medias para que los trabajadores que prestan servicios en empresas usuarias a través de Empresas de Trabajo Temporal, tengan el mismo nivel de protección que el resto de trabajadores. Debe recordarse que la peculiaridad más relevante de estas relaciones de trabajo, es que está basada en una estructura triangular, integrada por la ETT contratante y cedente, la empresa usuaria cesionaria y el trabajador, a lo que hay que añadir el carácter temporal de la cesión de éste (art. 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal), y precisamente es esta estructura triangular, fundamentalmente la presencia de dos empresarios, que mantienen con el trabajador vínculos de distinta naturaleza, la que determina que el régimen común y general de atribución de derechos, obligaciones y responsabilidades en materia preventiva, necesite de una modalización o mayor concreción.

A lo anterior hay que añadir que "según las investigaciones llevadas a cabo, se concluye que en general los trabajadores en empresas de trabajo temporal están más expuestos que los demás trabajadores, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales, añadiendo que los riesgos suplementarios citados están relacionados en parte con determinados modos específicos de integración en la empresa, y que dichos riesgos pueden disminuirse mediante la información y formación adecuadas desde el comienzo de la relación laboral" (exposición de motivos de la Directiva 91/383/CEE[17]); una mayor exposición a riesgos, que conlleva una mayor siniestralidad, que tiene causas muy diversas y generalmente concurrentes: la temporalidad de la relación laboral, la falta de experiencia para el puesto a desempeñar, una menor capacitación profesional para las tareas asumidas o la falta de integración en la estructura de la empresa[18].

[17] Directiva del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal (DOCE núm. 206, de 29 de julio de 1991).

[18] Véase Igartúa Miró, ª T. Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona. 2010. páginas 474-475).

Como acertadamente se ha indicado, estos trabajadores "son los más expuestos, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, bien por asumir mayores riesgos, o por carecer de experiencia suficiente o estar menos motivados, o menos formados. La propia dinámica de la contratación hace más necesaria la información, la formación y los controles médicos previos y periódicos, de este colectivo de trabajadores"[19].

Tal es la relevancia del colectivo, y su mayor índice de siniestralidad, por la incidencia de las peculiaridades de su relación laboral en materia de prevención de riesgos laborales, que se ha creado por parte del Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo, un sistema de información de siniestralidad de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal; así lo dispone la Disposición adicional decimotercera de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en el que se establece la obligación del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo de crear un sistema de evaluación y seguimiento y sus informes periódicos; aunque dicho precepto se refería a los trabajos realizados en actividades de especial peligrosidad, los informes se han ampliado al conjunto del colectivo[20].

Las previsiones de la LPRL se encuentran desarrolladas por el Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal[21], que viene a diferenciar tres grandes grupos de obligaciones (se estudian con detalle en el apartado siguiente): Obligaciones previas a la celebración del contrato de puesta a disposición y al contrato de trabajo (Art 2, 3 y 4), obligaciones de la empresa usuaria previas al inicio de la prestación de servicios del trabajador (art. 4), y obligaciones de la empresa usuaria desde el inicio de la prestación de servicios del trabajador (art. 5); y es que, como señala en su exposición de motivos, la relación triangular antes señala es la que motiva "que deban tratarse de forma especial las obligaciones de estos dos empresarios, reforzando particularmente las referidas a información y formación, cuando con ello se favorezca la disminución de riesgos, y estableciendo medidas limitativas de la realización de determinados trabajos en los que, por su especial peligrosidad, la adopción de medidas preventivas de otra índole no garantice los adecuados niveles de seguridad".

---

[19] Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda; "La seguridad y salud de los trabajadores cedidos por las Empresas de Trabajo Temporal a las empresas usuarias"; Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 53; Madrid; 2004. Página 293.

[20] véase el último informe –enero a diciembre de 2016- en:

http://www.oect.es/Observatorio/5%20Estudios%20tecnicos/Colectivos%20de%20interes/siniestralidad%20de%20los%20trabajadores%20de%20ETT/Ficheros/ETT%20En%20Dic%202016.pdf

[21] BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1999.

Esta regulación es la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva del Consejo, 91/383/CEE (de 25 de junio de 1991), por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, y que tiene por objeto garantizar que los trabajadores sujetos a estas relaciones de trabajo, disfruten en materia de salud y seguridad en el trabajo, del mismo nivel de protección (este es el Principio Rector que emana de toda la Directiva), que los otros trabajadores de la empresa y/o del establecimiento[22]. La propia exposición de motivos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales señala, que además de transponer al Derecho interno la Directiva Marco, "incorpora al que será nuestro cuerpo básico en esta materia disposiciones de otras Directivas cuya materia exige o aconseja la transposición en una norma de rango legal" citando expresamente la 91/383/CEE, relativa a la protección y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal.

Destaca la Directiva que en ningún caso está justificada para estos trabajadores, "una diferencia de trato" por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a la protección de la seguridad y de la salud en el trabajo y en particular "en lo que se refiere al acceso a los equipos individuales de protección" (Art. 2.2). Principio de igualdad de trato que es inmediatamente recogido por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cuando en el primer apartado del su artículo 28, establece que los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal, "deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios", y abundando en ello, que la existencia de esa relación de trabajo "no justificará en ningún caso una diferencia de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a cualquiera de los aspectos de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores".

Como el ámbito de la Directiva es aplicable tanto a los colectivos de trabajadores temporales y a los contratados por las Empresas de Trabajo Temporal, en esta materia son de aplicación las disposiciones comunes o generales (artículos 3

[22] Con anterioridad, el Convenio número 181 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Agencias de Empleo Privadas, hecho en Ginebra el 19 de junio de 1997 (publicado el instrumento de ratificación por España en el BOE núm. 219, de 13 de septiembre de 1999), establece en su artículo 11, apartado g) que todo Miembro adoptará, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por agencias de empleo privadas gocen de una protección adecuada en materia de seguridad y salud en el trabajo; Añadiendo en su artículo 12, que los Estados deberá determinar y atribuir, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo privadas y de las empresas usuarias, en relación con la protección en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo

a 6), y el artículo 8, específico a las relaciones laborales en empresas de trabajo temporal.

En conclusión, la Directiva, partiendo de la premisa de que los trabajadores contratados por las Empresas de Trabajo Temporal, están expuestos a unos riesgos "suplementarios", viene a modular el marco general de obligaciones y responsabilidades preventivas (no todas, sino destacadamente las de información y formación), con el objetivo manifiesto, de que estos trabajadores "disfruten, en materia de salud y seguridad en el trabajo, del mismo nivel de protección que los otros trabajadores de la empresa y/o del establecimiento usuarios" (art. 2.1 de la Directiva).

A dicho marco regulador hay que añadir la escasas referencias contenidas en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (art. 8.b y Disposición adicional segunda, sobre las prohibiciones a la contratación en relación con la especial peligrosidad para la seguridad o la salud) y en su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo (art. 15.1.b sobre el contenido mínimo del contrato de puesta a disposición); y por último, la reseña contenida en el aún vigente artículo 50 del V convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal[23] (las previsiones de la LPRL tienen la consideración de derecho necesario mínimo indisponible y pueden ser mejoradas por la negociación colectiva), y que no es más que una reiteración de lo ya contenido en la Ley y el Reglamento.

Podemos concluir, que el derecho común y general de todos los trabajadores a tener una protección "eficaz" en materia de seguridad y salud en el trabajo (Art. 19.1 del ET y 14 LPRL), y del correlativo deber incondicionado de "todo" empresario (y aquí lo es tanto la ETT como el empresario usuario), de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, determina la necesidad de un conjunto normativo (no muy numeroso), que viene a precisar, o dar concreción, a las diversas medidas de prevención (obligaciones de evaluación, información, formación, puesta en práctica y responsabilidades), en una relación a tres bandas que cada vez es más común en el marco de las relaciones laborales, y que por sí misma o en concurrencia con otras circunstancias, aumenta el riesgo para la seguridad y salud del trabajador.

[23] Convenio colectivo publicado por Resolución de 23 de enero de 2008, de la Dirección General de Trabajo

4.2. Concreciones de la obligación de seguridad en la relación laboral triangular

Como hemos indicado, la LPRL (art. 28.5) y el RD 216/1999, vienen a concretar los principios de actuación en estas relaciones de trabajo a través de empresas de trabajo temporal, y es que la existencia de dos empresarios (la ETT y el empresario usuario), plantea numerosos problemas de distribución de obligaciones y responsabilidades en materia de prevención, que vienen a ser solucionados por dicha normativa.

El punto de partida de la regulación de estas relaciones de trabajo en empresas de trabajo temporal, es como ya ha quedado dicho que estos trabajadores "deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios" y que no cabe "en ningún caso una diferencia de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a cualquiera de los aspectos de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores". Pues bien, para que se dé una correcta aplicación de dichos principios –mismo nivel de protección y no discriminación en materia de seguridad y salud-, era necesario que el legislador modalizara y concretara aspectos esenciales de la materia (información, formación y asunción de responsabilidades), pues hay que entender el mandato, no en el sentido de que hay que proteger a todos los trabajadores de la misma manera, con los mismos mecanismos (los trabajadores propios de la empresa, y los cedidos por la ETT), sino que si hay una desigualdad real entre ambos colectivos (mayor riesgo, y una mayor siniestralidad en los cedidos por la ETT), hay que corregir dicha situación, para dar a todos el mismo nivel de protección.

Siguiendo la correcta estructura y exposición del Reglamento, es necesario diferenciar entre las obligaciones de la empresa usuaria y de la empresa de trabajo temporal, previas a la celebración del contrato de puesta a disposición y al contrato de trabajo (Art 2 y 3), obligaciones de la empresa usuaria previas al inicio de la prestación de servicios del trabajador (art. 4), y obligaciones de la empresa usuaria desde el inicio de la prestación de servicios del trabajador (art. 5), y por último, unas obligaciones posteriores a la prestación de servicios.

4.2.1. Obligaciones previas a la celebración del contrato de puesta a disposición.

Como obligaciones iniciales, previas a la celebración del contrato de puesta a disposición al contrato de trabajo, se deben señalar, cronológicamente, las siguientes (Art 2 y 3 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero):

1. La celebración de un contrato de puesta a disposición está condicionada, en primer lugar, a que el puesto de trabajo a ocupar haya sido evaluado (primera obligación de la empresa usuaria, que debe realizarse en los términos de los artículos 15.1 y 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el capítulo II del Reglamento de los Servicios de Prevención). Y es que la evaluación de riesgos es el instrumento para obtener "la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse"[24].

Ahora bien, aunque la evaluación de riesgos es obligación de la empresa usuaria, la Empresa de Trabajo Temporal debe comprobar, si quiera mínimamente, que la misma se ha realizado correctamente, pues como acertadamente se ha señalado por la jurisprudencia[25], por "evaluación de riesgos" no puede entenderse una mera documentación que formalmente lleve tal nombre, sino una actividad de descripción del puesto de trabajo y de los riesgos para la vida, seguridad o salud derivados de su desempeño y se prevean las medidas que hayan de adoptarse para evitar su materialización, y por tanto "es responsabilidad de la empresa de trabajo temporal comprobar que la información entregada por la empresa usuaria cumple con tales exigencia, esto es, debe realizar un examen del carácter completo y suficiente de la misma, aunque ello no implique la obligación de reevaluar los riesgos, esto es, no está obligada la empresa de trabajo temporal a analizar la corrección de dicha evaluación mediante la inspección del puesto de trabajo, salvo en aquellos elementos que, con arreglo a un criterio de diligencia exigible a un profesional, se revelen erróneos o incompletos a partir del mero examen documental" (se refería a un supuesto en el que la información sobre la evaluación consistía mínimamente, en la mención en el contrato de puesta a disposición de la categoría profesional genérica, y de la de la obra o servicio temporal que justifica la puesta a disposición).

2. En segundo lugar, una vez obtenidos los datos de la evaluación de riesgos, la empresa usuaria deberá informar a la Empresa de Trabajo Temporal sobre las características propias del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar, sobre sus riesgos profesionales y sobre las aptitudes, capacidades y cualificaciones profesionales requeridas (el legislador concreta el contenido mínimo de dicha información, y el deber formal de incorporar la misma al contrato de puesta a disposición –apartados segundo y tercero del Art 2 del R D 216/1999). Esta información será determinante para que la Empresa de Trabajo Temporal pueda cumplir correctamente sus obligaciones en los términos que inmediatamente se dirá. Información que a su vez debe ser

[24] art. 3.1 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero.

[25] STSJ Castilla y León 2212/2009 de 29 de abril, nº de Recurso 375/2009.

trasladada por la Empresa de Trabajo Temporal al trabajador. "Dichas informaciones se incorporarán igualmente al contrato de trabajo de duración determinada u orden de servicio, en su caso"[26]. Información al trabajador por parte de la ETT que debe ser previa a la puesta a disposición, o por lo menos, antes de la asignación del servicio concreto a realizar[27].

Y como el artículo 28 de la LPRL no concreta el contenido de la información que la ETT debe dar a los trabajadores, tenemos que remitirnos al artículo 18 del mismo texto (sobre información, consulta y participación de los trabajadores): información sobre los riesgos de la empresa y de cada puesto de trabajo y función, de las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a dichos riesgos, y por último, de las medidas de emergencia (las posibles situaciones de emergencia y las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, en los términos del artículo 20 de la LPRL). Como se ha señalado acertadamente "debe ser una información certera y precisa, basada en los resultados obtenidos tras la evaluación de los riesgos del concreto puesto de trabajo que va cubrir el trabajador cedido por la ETT, en la que se deben especificar aspectos esenciales a los fines de la prevención de riesgos laborales"[28].

3. En tercer lugar, y una vez trasladada –por escrito- dicha información a la Empresa de Trabajo Temporal (si no recibe esta información, deberá exigírsela, como requisito previo e indispensable a la celebración del contrato de puesta a disposición), esta deberá dar al trabajador la formación teórica y práctica en materia preventiva necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar, y trasladarle toda la información recibida desde la empresaria usuaria, sobre las características del puesto a desempeñar y los riesgos inherentes al mismo. Formación que hay que entender que será inicial y previa a la prestación de servicios, pero que deberá ser actualizada si se producen cambios en dicha prestación que afecten a la seguridad del trabajador (ante nuevos riesgos, hay que realizar una nueva formación), e igualmente, hay que considerar la posibilidad que no haya que realizar dicha formación, si el trabajador ya acredita que tiene la formación suficiente para el puesto a

[26] Art. 3.2 del RD 216/1999 y en el mismo sentido, el Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal, establece que el contrato de trabajo de duración determinada, coincidente con la del contrato de puesta a disposición, contendrá, como mínimo, y entre otros datos, la información a que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero.

[27] Art. 3.2. del RD 216/1999, que señala que "los trabajadores a que se refiere el apartado anterior deberán ser informados previamente por la empresa de trabajo temporal de toda información recibida de la empresa usuaria en cumplimiento del artículo 2".

[28] Rodríguez Izquierdo, Raquel, y Burriel Rodríguez, Pepa; La prevención de riesgos laborales en la temporalidad; Comares, Granada, 2010, Página 69.

desempeñar. Y así lo prevé el artículo 3.3 del RD 216/1999, cuando señala que la ETT "comprobará fehacientemente que la formación del trabajador es la requerida y que se encuentra actualizada y adaptada a la evolución de los equipos y métodos de trabajo y al progreso de los conocimientos técnicos" y si no la posee "deberá facilitar previamente dicha formación al trabajador, con medios propios o concertados, durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición pero será previo, en todo caso, a la prestación efectiva de los servicios". Dicha previsión presenta el interrogante de la dificultad de que la formación forme parte del contrato de puesta a disposición, cuando éste aún no se ha celebrado, y en todo caso, añade "es previa" a la efectiva prestación de servicios.

Formación que es obligación principal de la ETT, pero que excepcionalmente también podrá realizarse en la empresa usuaria, pues como se señala en el art. 3.3 del RD 216/1999 "si resultase necesario un especial adiestramiento en materia preventiva en el puesto de trabajo, esta parte de la formación podrá realizarse por la empresa de trabajo temporal en la propia empresa usuaria, antes del comienzo efectivo del trabajo. Esta formación podrá también ser impartida por la empresa usuaria, con cargo a la empresa de trabajo temporal, previo acuerdo escrito entre ambas empresas".

Formación de los trabajadores que la Directiva Marco en Prevención de riesgos laborales 89/391/CEE, señala que debe realizarse con motivo, de su contratación, pero también con motivo de una mutación o cambio de función, la introducción o cambio de un equipo de trabajo, la introducción de una nueva tecnología (y siempre específicamente centrada en su puesto de trabajo o en su función), además de adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de nuevos riesgos, y repetirse periódicamente si fuera necesario (art. 12).

Se podría afirmar que el deber de formación por parte de la empresa, deberá realizarse siempre que el trabajador no haya desempeñado ese puesto específico de trabajo, supuesto que además hay que relacionarlo y que supone un elemento más para considerar que hay que formar al trabajador, en el caso de que éste no haya previamente prestado servicios en dicha empresa usuaria, pues como indica la LPRL, la formación debe ser adecuada al puesto a desempeñar y de los riesgos a los que el trabajador esté expuesto, y que varían en función de cada empresa o centro de trabajo[29].

[29] Como señala el segundo párrafo del art. 19.1 de la LPRL, "la formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario"; en la misma línea, el art. 28.2 cuando indica que "dichos trabajadores recibirán, en todo caso, una formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vayan a estar expuestos".

Dicha formación realizada por la ETT, formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición, pero con la particularidad de que la será previa a la prestación efectiva de los servicios[30].

4. Como obligaciones accesorias para la Empresa de Trabajo Temporal hay que señalar que, esta sólo podrá contratar o asignar el servicio de un trabajador que, una vez recibida la formación, sea idóneo para el puesto a cubrir en función de los riesgos del mismo. Debe tenerse presente que este es uno de los atractivos de las Empresas de Trabajo Temporal: asumir ellos y descargar a la empresa usuaria de la previa selección y formación del personal.

5. También es obligación de la Empresa de Trabajo Temporal, realizar y asumir el coste de la vigilancia periódica de la salud del trabajador (alcance de la vigilancia de la salud que estará condicionada al puesto de trabajo a desempeñar y a sus riesgos); y es que los trabajadores puestos a disposición tienen derecho a la vigilancia periódica de su salud a cargo de la empresa de trabajo temporal en los términos previstos en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el artículo 37.3 del Reglamento de los Servicios de Prevención, teniendo en cuenta las características del puesto de trabajo a desempeñar, los resultados de la evaluación de riesgos realizada por la empresa usuaria y cuanta información complementaria sea requerida por el médico responsable[31].

En este sentido el artículo 3.5 del Real Decreto 216/1999 señala, que incumbe a las empresas de trabajo temporal acreditar documentalmente a la empresa usuaria que el trabajador puesto a su disposición "cuenta con un estado de salud compatible con el puesto de trabajo a desempeñar", y de forma complementaria, es obligación de la empresa usuaria, recabar la información necesaria de la empresa de trabajo temporal para asegurarse de que el trabajador puesto a su disposición "ha sido considerado apto a través de un adecuado reconocimiento de su estado de salud para la realización de los servicios que deba prestar en las condiciones en que hayan de ser efectuados" (art. 4.1.a del mismo texto reglamentario), no debiendo "permitir el inicio de la prestación de servicios" en ella "hasta que no tenga constancia del cumplimiento" de aquella obligación (art. 4.2 del RD); de esta manera "la eventual inobservancia por la empresa de trabajo

[30] Art. 12.3 LETT en su redacción dada por la Ley 29/1999, de 16 de julio. En el mismo sentido se manifiesta el art. 3.3 del RD 216/1999, que señala que "formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición pero será previo, en todo caso, a la prestación efectiva de los servicios".

[31] Como afirma con rotundidad STSJ de Aragón, sala de lo contencioso, 903/2005, de 13 de abril de 2005, nº de Recurso 321/2002, "los reconocimientos médicos previos a la cesión del operario exigidos por la normativa sobre prevención de riesgos laborales deben realizarse por la empresa de trabajo temporal"

temporal de sus obligaciones respecto de la comprobación del estado de salud del trabajador no eximiría a la usuaria de la responsabilidad contraída por la inobservancia de las suyas en orden al aseguramiento del cumplimiento por aquélla de las que en ese orden le incumbían"[32].

Sobre el contenido y el momento de realizar esta vigilancia de la salud, no hay peculiaridades sobre el régimen común o general, y así se deberá realizar un reconocimiento previo (sólo se puede ceder un trabajador y ocupar un puesto de trabajo en la empresa usuaria si es apto para el mismo), y reconocimientos periódicos posteriores, ya durante la prestación de servicios (que debe realizar la ETT, aunque quizás hubiera sido más lógico que lo realizara, ya una vez incorporado el trabajador a su puesto de trabajo, la empresa usuaria[33]).

4.2.2 Obligaciones de la empresa usuaria durante el desarrollo del contrato de puesta a disposición.

El principio general es que la empresa usuaria es la responsable de las condiciones de ejecución del trabajo, en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores temporales y que dicha protección ha de prestarse en igualdad de trato (de los trabajadores puestos a su disposición respecto de sus propios trabajadores), de tal manera, que como el empresario formal de los trabajadores cedidos, no es la Empresa Usuaria, sino la ETT, con este criterio se altera el régimen general de responsabilidades, pues desde el inicio de la prestación de servicios, ya no es responsable el empresario que contrata, sino el empresario usuario, aunque esto no supone una exoneración total de responsabilidad por parte de la ETT (en esos términos se expresa el artículo 8 de la Directiva 91/383/CEE, cuando establece que "la empresa y/o el establecimiento usuarios sean responsables de las condiciones de ejecución del trabajo durante el tiempo que dure la adscripción", pero previamente señala que "sin perjuicio de la responsabilidad establecida por la legislación nacional de la empresa de trabajo temporal").

Así se desprende con claridad de la redacción del artículo 16.2 de la LETT, sobre las obligaciones de la empresa usuaria, al establecer que "la empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo" y de ello deriva que también asuma la responsabilidad del recargo de prestaciones de Seguridad Social "en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene" (en los mismos términos se manifiesta el art. 28.5 de la LPRL).

---

[32] fundamento jurídico tercero de la STSJ de Navarra 1276/2003, de 25 de septiembre, nº de Recurso 344/2002.

[33] Rodríguez Izquierdo, Raquel, y Burriel Rodríguez, Pepa; op. cit. Página 71.

Más concreción establece el Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, cuando en su artículo 5.1 y dentro de las obligaciones de la empresa usuaria "desde el inicio de la prestación de servicios del trabajador", señala que "la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo de los trabajadores puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal en todo lo relacionado con la protección de su salud y seguridad, asegurándoles el mismo nivel de protección que a los restantes trabajadores de la empresa". En definitiva, la empresa usuaria debe adoptar las mismas medidas de protección para todos sus trabajadores (los propios y los que tiene cedidos), y dicha responsabilidad se mantendrá durante toda la vigencia del contrato de puesta a disposición[34].

Para asumir correctamente dichas obligaciones de prevención, la Empresa Usuaria deberá recabar de la ETT, información sobre el cumplimiento por parte de esta de sus obligaciones sobre información, formación y vigilancia de la salud, de tal forma que si la ETT no lo ha cumplido dichas obligaciones, la empresa usuaria no podría dar ocupación efectiva a los trabajadores (la empresa usuaria solo se exoneraría de responsabilidad en el supuesto de que la ETT mintiera sobre dichos aspectos, o sus obligaciones las hubiera cumplido de forma incompleta o incorrecta).

Debe recordarse que la empresa de trabajo temporal será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación (que sea la ETT, es una opción del legislador español, pues la Directiva 91/383/CEE deja libertad de elección) y vigilancia de la salud; obligaciones que se establecen en los apartados 2 y 3 del artículo 28, es decir:

-Que dichos trabajadores recibirán, en todo caso, una formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vayan a estar expuestos.

-Que deberá ser recibida por el trabajador de forma "teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva" y se le proporcionaría "tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo" (art. 19.1 LPRL).

[34] Como señala la STSJ de Madrid 637/2008, nº de Recurso: 2183/2008, "el deber de vigilancia in situ y permanente, que en aplicación de lo dispuesto en los arts. 14.1 y 2 y 15.1. c) y f) de la LPRL, incumbe exclusivamente a la empresa empleadora en cuyo centro de trabajo se realiza la actividad del trabajador accidentado, resultando palmario del contenido del art 28.5 de esta misma norma que es la empresa usuaria y no la ETT, la responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores".

Otra de las obligaciones que asume la empresa usuaria son: informar a los representantes de los trabajadores, a los delegados de prevención y a los trabajadores designados o al servicio de prevención, de la incorporación y de la concreta adscripción de los trabajadores puestos a disposición por la empresa de trabajo temporal; dichos trabajadores podrán dirigirse a ellos en el ejercicio de sus derechos laborales y específicamente en los de seguridad y salud laboral (art. 4.3 del RD 216/1999). Si la empresa usuaria obstruye estos derechos, comete una infracción grave (art. 19.2.c LISOS).

También debe informar a la ETT de las modificaciones técnicas u organizativas que puedan influir en los riesgos que afecten al trabajador cedido y en todo caso de los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales sufridos por los trabajadores puestos a su disposición, para que la ETT pueda cumplir con ello sus deberes de comunicación a la autoridad laboral. Y así se deduce el artículo 7 del RD 216/1999, que señala, que "la empresa usuaria estará obligada a informar por escrito a la empresa de trabajo temporal de todo daño para la salud del trabajador puesto a su disposición que se hubiera producido con motivo del desarrollo de su trabajo, a fin de que aquélla pueda cumplir, en los plazos y términos establecidos, con la obligación de notificación a la que se refiere el apartado 3 del artículo 23 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", de tal manera que si incumpliera esa obligación "dicha empresa será la responsable de los efectos que se deriven del incumplimiento por la empresa de trabajo temporal de su obligación de notificación"; abunda en ello que "en la notificación por la empresa de trabajo temporal a la autoridad laboral de los daños producidos en la salud de los trabajadores puestos a disposición se deberá hacer constar, en todo caso, el nombre o razón social de la empresa usuaria, su sector de actividad y la dirección del centro o lugar de trabajo en que se hubiere producido el daño". Igualmente la empresa usuaria informará a la ETT de todas las circunstancias relevantes para la correcta realización de la vigilancia periódica de la salud (RD 216/1999, arts. 3 y 5).

4.3. La prohibición de contratación de puesta a disposición por razones de prevención

Además de las previsiones ya indicadas, debe tenerse presente que la propia Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, en artículo 8 en su apartado b, establece la prohibición de celebrar contratos de puesta a disposición "para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos"[35]. Como acertadamente se ha afirmado

[35] Se realiza con ello la transposición de la Directiva 91/383/CEE de la previsión más restric-

"se pretende atajar, así, una conducta que venía siendo común en las empresas usuarias, que era recurrir a trabajadores de ETT para la realización de trabajos que presentan mayor riesgo"[36].

Dicha disposición adicional segunda (relativa a concretar los trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo), establece que "no podrán celebrarse contratos de puesta a disposición para la realización de los siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad":

> a) Trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas (según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio).
> b) Trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría (según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos).
> c) Trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4 (según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo).

La concreción de los supuestos en los que es de aplicación la prohibición, los encontramos en el Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal. Así en su artículo 8 enumera las actividades y trabajos de especial peligrosidad (lista cerrada a estos efectos, los de prohibición de contratación), en los que no se podrán celebrar contratos de puesta a disposición (además de los ya señalados en la citada DA segunda):

> a) Trabajos en obras de construcción a los que se refiere el anexo II del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción[37].

---

tiva de dicha Directiva, la contenida en su artículo 5.1: "Los Estados miembros tendrán la facultad de prohibir que se recurra a trabajadores que tengan una relación laboral de las contempladas en el artículo 1 para realizar determinados trabajos especialmente peligrosos para la seguridad o la salud, tal como los defina la legislación nacional, y en particular para determinados trabajos que sean objeto de un control médico especial definido por la legislación nacional".

[36] Rodríguez Izquierdo, Raquel, y Burriel Rodríguez, Pepa; op cit. pág. 57.

[37] Dicho Anexo contiene la relación no exhaustiva de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores, y en concreto, diez actividades: Trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados, o el entorno del puesto de trabajo; Trabajos en los que la exposición a agentes químicos o biológicos suponga un riesgo de especial gravedad, o para los que la vigilancia específica de la salud de los trabajadores sea

b) Trabajos de minería a cielo abierto y de interior a los que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras, que requieran el uso de técnica minera[38].
c) Trabajos propios de las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre a las que se refiere el artículo 109 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, modificado por el Real Decreto 150/1996, de 2 de febrero.
d) Trabajos en plataformas marinas.
e) Trabajos directamente relacionados con la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos, regulados por el Reglamento de explosivos, aprobado por el Real Decreto 130/2017, de 24 de febrero.
f) Trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión.

Pero el Real Decreto 216/1999, va más allá, al establecer una nueva prohibición de celebrar contratos de puesta a disposición, al señalar que "la celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en los artículos 15.1.b) y 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el capítulo II del Reglamento de los Servicios de Prevención" (art. 2.1). Dicho precepto fue criticado por contener una previsión no contemplada ni en la LPRL ni en la LETT "lo que ha supuesto un exceso reglamentario, desde el punto de vista formal"[39]. Dicha situación fue corregida por la Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, que dio nueva redacción al artículo 12 en su apartado tercero[40].

---

legalmente exigible; Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes para los que la normativa específica obliga a la delimitación de zonas controladas o vigiladas; Trabajos en la proximidad de líneas eléctricas de alta tensión; trabajos que expongan a riesgo de ahogamiento por inmersión; Obras de excavación de túneles, pozos y otros trabajos que supongan movimientos de tierra subterráneos; Trabajos realizados en inmersión con equipo subacuático; Trabajos realizados en cajones de aire comprimido; Trabajos que impliquen el uso de explosivos; Trabajos que requieran montar o desmontar elementos prefabricados pesados.

[38] En dicho artículo se establece la definición de lo que se entiende por

industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas: todas las industrias que realicen alguna de las siguientes actividades: De extracción propiamente dicha de sustancias minerales al aire libre o bajo tierra, incluso por dragado; De prospección con vistas a dicha extracción; De preparación para la venta de las materias extraídas, excluidas las actividades de transformación de dichas sustancias; De perforación o excavación de túneles o galerías, cualquiera que sea su finalidad, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

[39] Rodríguez Izquierdo, Raquel, y Burriel Rodríguez, Pepa; po. Cit. pág. 59.

[40] En su último inciso señala que: "A tal efecto, la celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya

BIBLIOGRAFÍA

AGUSTÍ JULIÁ, J.: "Los colectivos más protegidos: grupos especiales de riesgo: la protección de las relaciones de trabajo temporales o de duración determinada y en las empresas de trabajo temporal", *Cuadernos de Derecho Judicial. Estudio de la prevención de riesgos laborales*, 1, 1999 pp. 155-188.

FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, Granada, Comares, 2014

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Javier (2008) "Intimidad de la persona y confidencialidad de datos en el marco de la vigilancia de la salud. El respeto a los derechos del trabajador en los reconocimientos médicos", *Derecho y Salud*, 16, 1, pp. 81-108.

FERNÁNDEZ MARCOS, L. *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2010, pág.62

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "Trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos". *Seguridad y Salud en el Trabajo*. La Ley-Actualidad. Madrid. 1997, págs. 38 y 39

IGARTÚA MIRÓ, Mª T.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona. 2010.

LÓPEZ BALAGUER, Mercedes (2000) *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J. F.: *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

LOUSADA AROCHENA, José Fernando (1998) "Los trabajadores temporales y los de empresas de trabajo temporal como grupos específicos de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *La Ley*, II, pp. 1948-1861.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando (1999) "La protección de la salud laboral de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", *Revista Técnico Laboral*, 79, pp. 79-88.

MIÑARRO YANINI, M: *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas*, MTSS-INSHT, Madrid, 2002.

MOLTÓ GARCÍA, JUAN I.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal en las empresas usuarias*, MTSS-INSHT, Madrid, 2003.

MORENO SOLANA, A.: *La prevención de los riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

http://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/ebook/show/9788499858692

realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en los artículos 15.1.b) y 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales".

MORENO CÁLIZ, Susana (2001) "La tutela de la enfermedad profesional: aspectos controvertidos", *Aranzadi Social*, 5, pp. 733-758.

MORENO CÁLIZ, Susana (2001) "Medidas de prevención específicas de la enfermedad profesional", *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), 225, pp. 47-96.

PÉREZ CAMPOS, A.I.: "Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal: obligaciones y responsabilidades", *Anuario jurídico y Económico Escurrialense*, XXXVIII, 2005.

QUINTANILLA NAVARRO, RAQUEL YOLANDA.: "La seguridad y salud de los trabajadores cedidos por las Empresas de Trabajo Temporal a las empresas usuarias", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 53; Madrid; 2004.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2006) "Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores: grupos específicos de riesgos". *Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales*. Valladolid: Junta de Castilla y León, pp. 169-205.

RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R. y BURRIEL RODRÍGUEZ, P.: *La prevención de riesgos laborales en la temporalidad*, Comares, Granada, 2010

SALA FRANCO, T.: *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo (2007) "La prevención de los riesgos laborales de los trabajadores temporales". *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo*. Valladolid: Junta de Castilla y León, pp. 179-204.

TUDELA CAMBRONERO, G.: "Temporalidad, precariedad y siniestralidad laboral: reflexiones para una reforma anunciada", *RGDTSS*, núm. 10, 2006, www.iustel.es

Con motivo de la jubilación del Profesor Prados de Reyes como catedrático del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Granada, la colección de monografías se une al merecido homenaje a quien fue durante un período decisivo Director de la revista Temas Laborales. Se trata de un homenaje que rinden a un docente e investigador ejemplar sus compañeros de Departamento en la Universidad de Granada, al que se unen otros destacados iuslaboralistas que han querido sumarse al mismo.

La obra constituye un exhaustivo y monográfico análisis de una materia a la que dedicó una intensa investigación el profesor Prados de Reyes, como es todo lo relativo a los distintos aspectos que suscitan las muy variadas modalidades de contratación laboral existentes en nuestro ordenamiento jurídico. El estudio aborda desde cuestiones generales y de encuadre de gran trascendencia, como son todas las que provienen de la Unión Europea, las relativas a la necesidad de reforma de la contratación temporal, el instituto del periodo de prueba, el papel de la autonomía de la voluntad o la figura del fraude de ley, hasta otras mucho más puntuales y de actualidad, como son las relativas a la relación especial de estiba y desestiba, de apoyo a los emprendedores o de la contratación a través de las empresas de trabajo temporal. En particular, se abordan las variadas cuestiones que suscita el estatuto jurídico de todas y cada una de las modalidades de contratación existentes, desde las denominadas estructurales hasta las formativas, pasando por las de inserción, fomento, a distancia y hasta a tiempo parcial, con detenimiento en el especial protagonismo que adquiere el medio público o administrativo cuando es en su seno en el que se desarrolla este tipo de relación contractual

www.juntadeandalucia.es/empleo/carl

ISBN 978-84-09-01472-9

9 781234 567897

JUNTA DE ANDALUCIA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO